

THÈSE DE
PARIS,
1883.
N^o. 78.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU POSTLIMINIUM — DE SES EFFETS

EN DROIT ROMAIN

DE

LA DÉLIMITATION DU DOMAINE PUBLIC

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ALBERT-MARIE-NICOLAS-MAURICE LE CLECH

Bachelier ès-sciences
Avocat à la Cour d'appel.

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1883

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU POSTLIMINIUM — DE SES EFFETS

EN DROIT ROMAIN

DE

LA DÉLIMITATION DU DOMAINE PUBLIC

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mardi 7 août 1883, à 3 heures

PAR

ALBERT-MARIE-NICOLAS-MAURICE LE CLECH

Bachelier ès-sciences

Avocat à la Cour d'appel.

Président : M. VUATRIN, Professeur

SUFFRAGANTS



{	MM. BATBIE	}	PROFESSEURS
	JALABERT		
	ESMEIN	}	AGRÉGÉS
	LAINÉ		

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

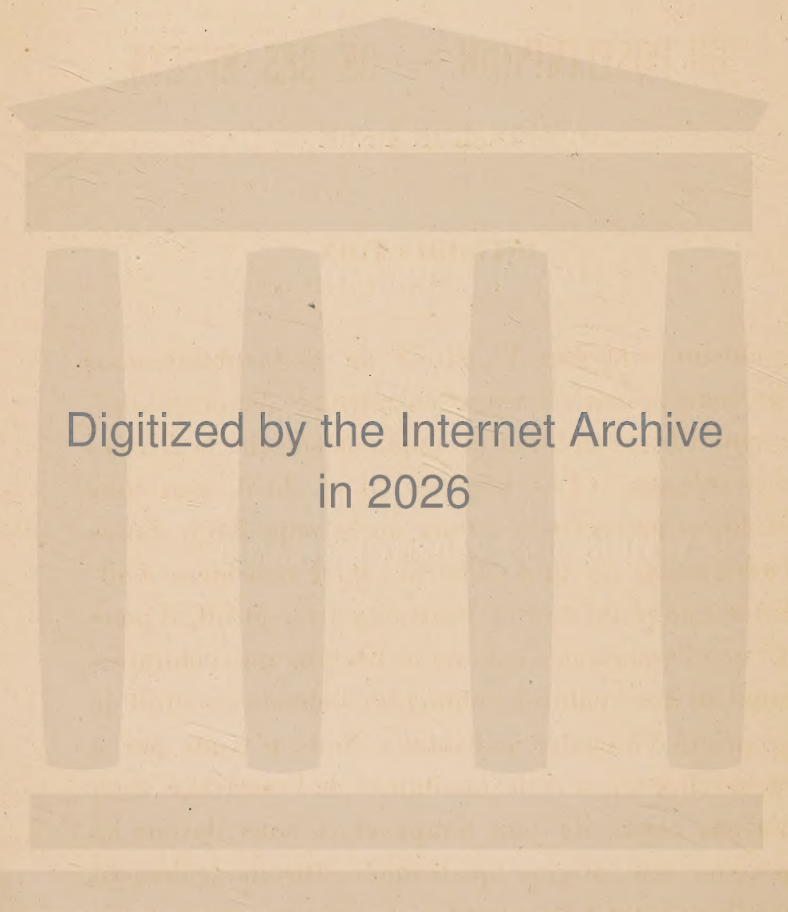
1883

A MON BON PÈRE

A MA MÈRE BIEN-AIMÉE

A MES FRÈRES ET SOEUR

A TOUS MES PARENTS ET AMIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DU POSTLIMINIUM. — DE SES EFFETS

INTRODUCTION

Justinien au livre I^{er}, titre I^{er} de ses Institutes, nous présente comme division fondamentale des personnes, quant à leur condition juridique ou sociale, la distinction suivante : « Les hommes, nous dit-il, sont tous ou libres ou esclaves. » Puis, après nous avoir donné la définition du mot « liberté » qu'il considère d'ailleurs à un point de vue beaucoup trop étroit, il nous dit que l'esclavage « est une institution qui, contrairement au droit naturel, soumet un individu au droit de propriété d'un autre individu. » Nous n'avons pas à rechercher ici si cette institution de l'esclavage a ou n'a pas existé de tout temps et si nous devons lui assigner une origine quelconque. Disons seulement qu'elle pénétra tellement dans les mœurs des peuples anciens, que ceux-ci n'auraient pas pu comprendre

qu'une société existât sans elle. Cette idée admise, et l'histoire nous prouve qu'elle ne peut pas ne pas l'être, nous nous occuperons immédiatement de la source principale de l'esclavage, c'est-à-dire de la captivité. Nous nous expliquerons bientôt sur le sens exact qu'il convient de donner à ce mot. Nous ne voyons pas que la législation romaine ait réglementé l'absence prise dans le sens juridique que nous lui donnons dans nos lois modernes. Et ce n'est qu'à certains égards, et dans des cas tout exceptionnels, que la loi romaine croyait devoir accorder à l'absent aide et protection. Nous ne pouvons nous expliquer le mutisme romain à cet égard, que par des considérations tirées de l'esprit même de la nation romaine qui sembla toujours répugner à l'idée qu'un citoyen de Rome pût désertir sa patrie, même momentanément. C'est cette idée qu'émettait Montesquieu dans son *Esprit des lois* (liv. I^{er}, chap. xv) lorsque comparant les Romains aux barbares, il nous dit : « La politique romaine fut de se séparer de toutes les nations qui n'avaient pas été assujetties : la crainte de leur apprendre l'art de vaincre, fit négliger l'art de s'enrichir. »

Toutefois, il y avait, avons-nous dit, des cas exceptionnels auxquels la force même des choses imposait une réglementation légale ; et, parmi ces faits, nous rencontrons précisément le cas du citoyen romain fait prisonnier par l'ennemi sur le champ de bataille. Si ce citoyen captif venait par un moyen quelconque

(en principe du moins), à se soustraire à ses ennemis, je veux dire à ses maîtres, puisque, conformément au droit des gens, l'*occupatio bellica* conduisait toujours à la servitude, il recouvrait sa pleine et entière liberté et même était censé, par le seul bienfait de la loi, avoir toujours conservé la liberté : tel était, en effet, le but atteint par le *postliminium*, fiction qui forme le titre même de notre thèse, et que nous pouvons dès ce moment, définir de la manière suivante : « Une fiction juridique, en vertu de laquelle un prisonnier de guerre qui échappe à ses ennemis et revient à Rome, ou une chose qui plus tard est recouvrée par les Romains, sont censés n'être jamais tombés entre les mains de l'ennemi : cette fiction rendant au prisonnier tous ses droits, en général, ou faisant revivre sur la chose, tous les droits dont elle pouvait être grevée antérieurement à sa prise de possession par l'ennemi. »

Mais avant d'aborder l'étude de cette fiction en elle-même, il nous semble nécessaire de nous poser et de nous bien entendre sur la question de savoir ce que nous devons entendre par « la captivité, en général, » et de bien préciser la marche que nous devons suivre pour l'étudier sous toutes ses faces. Nous diviserons donc notre sujet en trois chapitres bien distincts.

Dans un premier chapitre, nous examinerons les effets qu'entraîne la captivité considérée en elle-même.

Dans le deuxième, nous étudierons la fiction postliminiennne, recherchant ainsi les règles relatives au captif de retour, d'une part, et au captif décédant chez l'ennemi, d'autre part, complétant d'ailleurs cette deuxième partie par un appendice relatif à la situation toute spéciale de certains Romains, appelés par les jurisconsultes : *redempti ab hostibus*. Enfin, dans un troisième et dernier chapitre, nous examinerons le *postliminium* ayant trait aux choses captives ou *postliminium* passif.

CHAPITRE PREMIER

DES EFFETS DE LA CAPTIVITÉ, CONSIDÉRÉE

EN ELLE-MÊME

L'état du citoyen comprenait, à Rome, trois éléments distincts, à savoir : la liberté, le droit de cité et les droits de famille ; ou, comme disaient les Romains : *libertas*, *civitas*, *familia*. La perte de la *libertas* entraînait nécessairement celle des deux autres ; la perte de la *civitas* entraînait seulement celle de la *familia*, laissant ainsi au citoyen déchu du droit de cité « la faculté naturelle de faire ce que bon lui semblerait, à moins que la force ou la loi ne s'y opposât. »

Nous devons ajouter, sans d'ailleurs entrer dans aucun détail à cet égard, que ces trois éléments que nous venons d'énumérer ci-dessus entraînaient, par leur perte respective, la *capitis deminutio* tantôt *maxima*, tantôt *media*, tantôt enfin *minima*, suivant que la *mutatio status* consistait dans la perte de la *libertas*, de la *civitas* ou de la *familia*. Or, parmi les événements d'où découlait pour le citoyen romain la *maxima capitis deminutio*, nous trouvons, au premier rang, la captivité.

Qu'est-ce donc que la captivité ? Quels en sont les effets sur l'état du captif lui-même, d'une part, et sur l'état des personnes qui se trouvaient en sa puissance,

c'est-à-dire sous sa *patria* ou sa *dominica potestas*, au moment de son entrée en captivité, d'autre part? Quelle était, enfin, son influence quant aux biens dont le captif pouvait être propriétaire? Toutes ces questions doivent être examinées successivement, chacune d'elles demandant une solution distincte. Nous allons essayer de les résoudre.

Qu'entendre d'abord par un « captif? »

C'est tout individu fait prisonnier de guerre, sans distinguer si c'est un Romain qui tombe au pouvoir de l'ennemi ou un ennemi au pouvoir des Romains. Il semble que Rome n'ait jamais voulu voir dans ses enfants que des soldats toujours vainqueurs pour lesquels la mort, quelque circonstance qui pût se présenter, devait être préférable à la défaite. Et cependant cette dernière idée, toute plausible et toute suffisante qu'elle puisse nous paraître au premier abord, ne nous donne pas la raison d'être certaine et complète de cette servitude rigoureuse, si nous voulons bien nous rappeler que, par réciprocité, le barbare devenu prisonnier des Romains tombait lui-même en esclavage, et que, de plus, le citoyen romain pouvait s'y trouver soumis. encore qu'il ne fût pas pris les armes à la main. Nous citerons comme exemple le cas où un citoyen de Rome retiré dans un pays avec lequel sa patrie avait des relations d'amitié, s'y trouvait encore au moment où ces relations amicales venant à cesser, la guerre était subitement déclarée entre les

deux puissances. Il nous paraît donc plus juste et plus conforme à la réalité, de ne voir dans les effets de cette *occupatio bellica* que des conséquences d'un pur principe de droit international qui, sans doute, paraîtrait de nos jours fort extraordinaire, mais qui se comprend fort bien à l'époque où nous nous plaçons, c'est-à-dire chez les anciens, pour lesquels le droit international, autrement dit le droit des gens, se résumait purement et simplement en quelques règles pratiques qui ne découlaient d'aucun principe.

Jamais, en effet, les Romains ne conçurent l'idée d'une puissance supérieure idéale, pouvant établir des liens de droit entre les divers États considérés en tant que personnes morales, que l'on eût pu assimiler à des particuliers qui, dans tout État homogène, se trouvent être soumis à une loi unique. Aussi pouvons-nous dire que le droit des gens se distinguait des autres branches du droit par deux particularités fort distinctes, qui sont les suivantes : si parfois on peut ne le considérer que comme une pure conception philosophique, il est cependant vrai de dire que le plus souvent ses seules bases consistaient dans des usages et des traités ou pactes de fédération. En outre, il n'était soumis à aucune sanction régulière, puisqu'il ne comportait que la guerre comme voie d'exécution. Tout ceci nous est démontré avec la plus grande évidence par les attributions mêmes du collège des Féciaux.

Mais une première question s'impose : c'est celle

de savoir de quels ennemis il faut être le prisonnier pour devenir « captif » dans le sens que nous venons de définir? Il n'est pas douteux que la captivité résultant de la piraterie, du vol ou de tous autres brigandages, ne doive rester complètement étrangère au sujet qui nous occupe. C'est d'ailleurs ce qui résulterait le plus clairement du monde d'un texte d'Ulpien au Digeste, au titre *De verborum signific.*, où cet auteur nous apprend que le prisonnier d'un voleur peut être investi d'une tutelle; qu'il conserve la propriété de ses biens, etc.; en un mot, que les déchéances qui frappent le prisonnier de guerre ne lui sont aucunement applicables. Et la raison de cette différence entre les deux catégories de prisonniers, nous est donnée par Cujas : « c'est que le citoyen captif, n'est plus un citoyen romain. » C'est ce que nous verrons d'ailleurs bientôt, lorsque nous étudierons les effets du retour du captif dans sa patrie.

Ces ennemis n'étaient donc autres que ceux qui se trouvaient en guerre ouverte avec Rome, et si nous nous rappelons que le barbare était toujours réputé l'être, tandis que l'*hostis* supposait nécessairement une déclaration de guerre expresse avec la formule du droit des gens, nous pourrions définir le captif de la manière suivante : Celui qui était pris par les barbares, même en temps de paix, ou qui était fait prisonnier par les *hostes* au cas où la guerre ouverte, qualifiée *bellum*, existait entre eux et Rome.

Tite-Live nous a laissé un curieux exemple de déclaration de guerre, ordinairement usitée à Rome : on y voit le Fécial employer un rite religieux et des formules sacramentelles, dont le terme final consistait à lancer un javelot sur le territoire ennemi. Ici donc, comme partout ailleurs, le formalisme romain conservait encore son empire.

§ 1^{er}. *Effets de la captivité : 1° sur le captif lui-même ; 2° sur ceux qui se trouvent sous sa puissance.*

Comme nous l'avons déjà dit plus haut, les Romains n'hésitaient pas à tirer profit de l'*occupatio bellica*, se soumettant d'ailleurs eux-mêmes, par réciprocité, aux conséquences de cette même *occupatio* à leur détriment.

Cependant les résultats leur parurent, dans certains cas, tellement odieux, ils blessaient si fort la morale publique, qu'ils n'hésitèrent pas à abandonner parfois les conséquences mêmes de leur principe. En voici un exemple : Un citoyen romain pris par l'ennemi, et comme tel, devenu esclave *jure gentium*, revient dans sa patrie, soit qu'il ait réussi à s'évader, soit qu'il lui ait été accordé par ses ennemis eux-mêmes de reprendre sa liberté. On se demande quelle sera, vis-à-vis de Rome, la position de cet individu à son retour dans sa patrie : restera-t-il esclave ou recouvrera-t-il

la liberté dont il jouissait avant d'être tombé au pouvoir de l'ennemi ? Si nous appliquions rigoureusement le principe, il faudrait dire qu'il deviendra la propriété du premier Romain qui viendrait à s'en emparer (nous pouvons dire, dès maintenant, que la même question se présentera à nous dans le cours de cette étude, quand nous traiterons des choses qui, tombées entre les mains de l'ennemi, reviennent plus tard à leur ancien maître).

Et telle était, en effet, la conséquence rigoureusement logique qui s'imposait ; mais elle parut trop monstrueuse aux Romains pour être admise en toutes circonstances : et une exception fut posée, concernant certaines personnes et certaines choses, exception d'ailleurs commune à tous les peuples anciens, et connue dans la science juridique sous le nom générique de *jus postliminii*.

Le captif est donc un esclave *servus hostium*, mais il ne l'est que sous cette condition : s'il ne revient pas ; en sorte que l'on peut dire qu'il n'est esclave que sous la condition résolutoire de son retour. Quant à ceux qui se trouvaient sous sa puissance, lors de son entrée en captivité, leur état reste en suspens tant que leur chef de famille n'est pas ou mort ou rendu à la liberté.

En voici un exemple : au moment où il a été fait prisonnier, le captif avait un *filius familias*. Nous nous demandons quelle sera la condition de ce dernier :

devient-il lui-même *paterfamilias* ou bien demeure-t-il en puissance? Tout dépendra de l'avenir. Le prisonnier revient-il, le *filius familias* sera réputé être toujours resté en puissance, en vertu de la fiction dite « postliminienne. » Meurt-il au contraire chez l'ennemi, son *filius familias* est devenu dès lors *sui juris* et *paterfamilias*. Mais nous voyons, en ce dernier cas, apparaître une nouvelle fiction qui ne fut d'ailleurs que l'extension de la fiction créée par la loi Cornélia *De falsis*, laquelle devait être généralisée plus tard au temps d'Ulpien (L. 18 de notre titre). Grâce à cette généralisation, elle a atteint but de réputer *sui juris* et *paterfamilias* le fils de famille, dès l'instant où a commencé la captivité de son auteur. Toutefois nous croyons inexact de dire avec certains commentateurs que, si les enfants sont réputés n'être plus en puissance du jour où leur père a cessé d'être libre, c'est par application de la loi Cornélia. Si cette idée était exacte, nous ne verrions pas la question discutée à l'époque de Gaius, plus de deux siècles après l'apparition de cette loi, comme nous le verrons dans un instant. — Ce serait d'ailleurs une erreur grave de s'imaginer que le champ embrassé par la fiction cornélienne se bornât simplement à valider son testament ou à fixer ses héritiers *ab intestat*; il nous faut, en effet, l'étendre à toutes les autres branches du droit, à l'état de ses enfants comme à lui-même. Et cependant quelques doutes ont pu s'élever sur ce point, notamment lorsque nous voyons Gaius au § 129 de son pre-

mier commentaire, se poser la question de savoir ce que deviennent, pendant la captivité du *paterfamilias*, l'état et la capacité de ceux qui se trouvaient en sa puissance. Notons que Gaius ne fait que poser la question sans la résoudre et il ne nous dit même pas quel peut être l'intérêt d'arriver à une solution. Sous ce rapport, il n'est rien d'ailleurs qui doive nous surprendre, si nous voulons bien nous donner la peine de remarquer que les commentaires du grand jurisconsulte regorgent de questions simplement posées et non résolues : la raison en est que ses commentaires ne se suffisaient pas à eux-mêmes et ne formaient qu'un pur programme de cours qu'il développait ensuite dans des conférences explicatives.

Mais l'intérêt qui s'attache à la question précédemment posée et que les principes seuls du droit romain suffiraient à nous apprendre, nous est formellement indiqué dans un texte de Tryphoninus, au Digeste, où nous voyons que l'avis du jurisconsulte est d'appliquer la loi Cornélia dans tous les cas. C'est cette même opinion que Justinien devait confirmer plus tard dans ses Institutes.

Quant à la solution que devait donner Gaius lui-même à la question par lui posée, nous nous croyons autorisé à croire, malgré l'absence complète de preuves, qu'elle devait être identique à celle donnée par Tryphoninus. En effet, puisque l'esclavage faisait perdre au père la puissance paternelle et que la fiction postliminienne

supposait nécessairement un esclavage sous condition résolutoire de retour, il est vrai de dire que, même antérieurement à la loi Cornélia, la législation romaine devait décider que le fils de famille devenait *sui juris* dès le jour de l'entrée en captivité de son *paterfamilias*. Nous devons d'ailleurs mentionner, pour mémoire seulement, qu'une controverse encore pendante de nos jours s'est élevée sur cette idée de Gaius : d'aucuns, en effet, n'y ont voulu voir qu'un exposé erroné dans sa teneur ; d'autres, au contraire, en ont soutenu la justesse.

Mais ici se présente à nous une question fort délicate : qu'arrivait-il au cas où l'on n'avait aucune nouvelle du *paterfamilias* demeuré prisonnier de l'ennemi ? Pouvait-on le considérer comme mort, ou bien devait-on le regarder comme toujours existant ? Y avait-il un moyen (et s'il y en avait un, quel était-il ?) de faire casser la suspension des droits à laquelle ses enfants se trouvaient soumis ? Ceux-ci, en un mot, pouvaient-ils d'une façon quelconque, devenir *patres familias* ?

La question n'est pas prévue par les textes, bien qu'on ait cru trouver dans quelques-uns et particulièrement au Digeste (L. 56, Dig., tit. I^{er}, *De usufructu et quemadmodum*, etc., Gaius), une solution affirmative à notre question ; mais nous ne la croyons pas fondée. Cette loi 56, en effet, ainsi que la loi 8 (*De usu* au Dig., L. 33, tit. II), ne s'occupent que de faits absolument exceptionnels. Or pouvons-nous, nous retranchant

derrière ces quelques exceptions, nous permettre d'en tirer un principe applicable à des faits tout autres que ceux énumérés par ces deux textes, lesquels considèrent la période de cent ans comme le plus long terme de la vie humaine ? Nous ne le croyons pas. Si la législation romaine avait cru devoir ériger en principe que l'homme dût être réputé mort après cent ans d'absence, elle n'eût certainement pas manqué de le déclarer expressément, or nous ne voyons nulle part qu'elle l'ait fait. Toutefois, il est permis de supposer que la pratique autorisait peut-être le juge romain à suppléer au silence de la loi en cette occurrence. Mais ce n'est là qu'une pure hypothèse à laquelle nous ne nous arrêterons pas, puisque nous ne pouvons arriver sur ce point à aucune solution certaine; notons cependant un point qui est hors de doute : jamais les héritiers d'un captif ne pouvaient lui succéder tant qu'ils n'avaient pas acquis la preuve certaine de son décès; mais nous devons ajouter que cet effet désastreux se trouva paralysé plus tard par le droit prétorien qui accorda par analogie à ces héritiers la *bonorum possessio decretalis*. Il est donc acquis désormais que l'état et la condition juridique des fils du captif demeuraient soumis à la condition résolutoire du retour de leur *paterfamilias*. Disons tout de suite que leurs droits eux-mêmes se trouvaient être subordonnés à la même condition, sauf toutefois une seule et unique exception : c'était quand il s'agissait de leur mariage; c'est

que l'on considéra toujours à Rome comme un principe d'ordre public qu'il y eût le plus de mariages possible, et à certaines époques, nous voyons les empereurs eux-mêmes édicter des peines très sévères contre les célibataires et même contre les veufs, attachant d'autre part des avantages sérieux à la paternité légitime. Et pour n'en donner qu'un exemple, nous citerons les lois caducaires. Mais, même dans cette exception, malgré cet intérêt d'ordre public qui voulait que les mariages devinssent de plus en plus nombreux, nous voyons encore la législation romaine hésiter devant cette *patria potestas* que la force des choses seule venait violer, elle qui fut la principale cause de grandeur de cette Rome superbe, dont une des causes de décadence devait se rencontrer dans l'abandon et l'amollissement successifs de cette puissance patriarcale.

Disons quelques mots de cette importante exception : Le droit pour les ascendants d'autoriser ou d'empêcher le mariage de leurs enfants était donc, nous venons de le dire, un attribut essentiel de la puissance paternelle, et comme tel, nous devons le considérer comme ayant été organisé dans l'intérêt exclusif du père de famille, encore qu'en fait il pût parfois tourner en un bénéfice, en une protection pour l'enfant lui-même.

La conséquence naturelle d'un pareil principe était que le père de famille pouvait imposer à ses enfants

un célibat perpétuel. Cette situation, toute logique qu'elle fût devant la constitution de la puissance paternelle romaine, devint intolérable du jour où parurent, sous Auguste, les lois caducaires dont nous avons déjà indiqué le but un peu plus haut; aussi voyons-nous les lois Juliae autoriser le magistrat à se constituer au lieu et place du père de famille qui refuserait intempestivement, c'est-à-dire sans motif légitime, son consentement au mariage de son descendant. Le même intérêt se présentait également dans tous les autres cas où le père de famille se trouvait dans l'impossibilité matérielle ou morale de manifester son consentement. Or, l'un de ces cas était précisément celui où le *paterfamilias* était prisonnier. Dès lors, de deux choses l'une : si le père venait à mourir en captivité, nul doute que le mariage contracté par son fils ne fut considéré comme ayant toujours été valable, puisque ses descendants étaient réputés être devenus *sui juris* du jour même où leur auteur avait perdu la liberté : que si, au contraire, le père revenait à Rome, il était censé avoir toujours conservé sur ses enfants la puissance paternelle : les descendants auront donc dans le dernier cas, toujours été *alieni juris*, et, par conséquent, incapables d'avoir pu consentir seuls à leur mariage.

Néanmoins, les interprètes du droit romain semblent admettre que, pour les filles tout au moins, la validité du mariage devait être proclamée. Mais quant aux fils,

une raison d'ordre public, basée sur un vieux principe romain mentionné plus haut, pouvait faire douter, à savoir : que personne ne pouvait imposer à un citoyen de Rome un héritier sien, à l'encontre de sa volonté « *Invito nomini heres suus acquiritur.* »

Mais la faveur même qui s'attachait aux mariages, devait faire fléchir ce principe dans le cas qui nous occupe. C'est, en effet, ce qui nous est démontré par un texte de Tryphoninus au Digeste (L. 12, § 3, liv. XLI, tit. XV, *De captiv.*). Le jurisconsulte fonde son opinion sur deux raisons : d'abord l'intérêt de l'enfant qui ne doit pas souffrir du malheur qui a frappé son père, et, en second lieu, l'intérêt public. Disons, en terminant, que sur ce point, Justinien ne permet au fils d'un citoyen tombé en servitude, de ne se marier librement qu'après trois années écoulées à partir du jour où son *paterfamilias* est entré en captivité.

Après avoir examiné l'état du captif et de ceux qui se trouvaient sous sa puissance patriarcale, il nous reste à étudier une question fort intéressante par les controverses qu'elle a soulevées : c'est celle de savoir quel était à Rome l'effet de la captivité sur le mariage du captif lui-même. Était-ce véritablement une cause de dissolution, comme semble nous l'indiquer la loi 1^{re} *De divortiis* au Digeste (liv. XXIV, tit. II) ?

Ecartons d'abord l'hypothèse où les deux époux faits prisonniers en même temps, recouvreraient ensemble leur liberté. En ce cas, en effet, leur mariage était ré-

puté avoir toujours existé. C'est là un fait certain d'où nous tirerons les conséquences suivantes : si un enfant leur est né durant leur captivité, cet enfant sera censé être issu de justes noces, et, comme tel, soumis à la *patria potestas* de son père. C'est, d'ailleurs, ce qui nous est dit expressément au Digeste dans la loi 25, tit. XV, *De captiv.* (Texte de Marcien.)

A cette première exception, nous devons en ajouter une autre relative au mariage contracté entre un patron et son affranchie : celle-ci devait attendre indéfiniment le retour de son mari. Cette seconde exception trouvait sa raison d'être dans le respect que tout patron avait le droit d'exiger de ses affranchies.

Ces exceptions écartées, une seule question, une seule exception doit désormais fixer notre attention : c'est celle où l'un des deux époux, le mari, par exemple, a été réduit en servitude, ou encore le cas où les deux époux devenus captifs en même temps, l'un des deux seulement a pu recouvrer sa liberté.

Au dernier état du droit, dans la législation de Justinien, la captivité de l'un des époux ne suffisait pas pour entraîner, de plein droit, la dissolution du mariage, laquelle ne pouvait être déclarée qu'après cinq années révolues. La violation de cette règle entraînait pour les époux les mêmes peines que celles infligées par la loi à celui des conjoints contre lequel le divorce aurait été prononcé (L. 6, *De divortijs* au Digeste). Notons que cette loi 6, *De divortijs* se trouve être en con-

tradition manifeste avec la loi 1^{re} du même titre : d'où l'on a pu conjecturer, à bon droit, qu'elle a dû être l'œuvre même de Justinien, bien qu'elle se trouve placée au Digeste sous le nom de Julien.

Cette même loi 6 ajoute en outre : que la femme ne pourra pas se remarier tant qu'elle n'aura pas acquis la preuve certaine du décès de son mari, nonobstant d'ailleurs le droit à elle accordé de demander la dissolution de son mariage en invoquant une cause de divorce.

Tel est donc, sous Justinien, l'effet de la captivité sur le mariage. Cet effet fut le résultat de l'influence du christianisme dans l'empire romain. Et, en effet, Justinien ne fit que suivre en cette matière la voie déjà tracée par un de ses prédécesseurs, l'empereur Constantin qui, dans une loi que nous pouvons retrouver au Code (L. 7, *De repudiis*), punissait de peines graves et même de la peine capitale, la femme du captif qui aurait contracté un second mariage clandestinement.

Mais il en était tout autrement avant l'avènement des empereurs chrétiens : le mariage étant, en effet, considéré à cette époque comme un état essentiellement de fait, la captivité devait nécessairement l'anéantir, même envers et contre la volonté certaine de la femme. Telle est, en effet, la solution qui nous apparaît dans la loi 1^{re}, *De divortis* au Digeste, corroborée sur ce point par la loi 12, § 4, *De captiv.*, texte de Tryphoninus.

Quant à l'antinomie évidente qui se manifeste entre la loi 1^{re} et la loi 6, *De divortis*, disons qu'il nous paraît certain qu'il existe là une interpolation indéniable, et que, si le texte se trouve placé sous le nom de Julien, la décision finale doit en être attribuée à Justinien, d'autant plus que, outre la contradiction qui existe entre les textes, il est facile d'y reconnaître les tournures latines qui sont assez familières à l'empereur byzantin. C'est ici que vient naturellement se placer un texte de Pomponius qui n'a pas laissé que de soulever de graves controverses (L. 10, Dig., liv. XXIV, tit. III), texte relatif au retour de la dot profectice au père dont la fille vient à décéder chez l'ennemi. Pomponius nous dit qu'à cet égard, il est d'avis : « que les règles de la dévolution de la dot profectice soient appliquées *perinde ac si nupta decessisset*. »

On a objecté à ce texte qu'une fiction étant ici nécessaire, la mort seule et non l'esclavage pouvait entraîner, en droit, la dissolution du mariage.

Réfuter cette objection nous paraît chose facile ; car si le jurisconsulte a cru devoir faire intervenir, dans cette hypothèse, la fiction cornélienne, c'est moins pour décider la question de savoir si l'esclavage dissout ou non le mariage, cette question se trouvant être absolument étrangère au texte, que pour résoudre celle de savoir si le père pouvait réclamer au mari de sa fille la dot qu'il avait constituée à cette dernière. Or, tant que sa fille vivait, le père pouvait réclamer la

dot profectice sans son consentement, et c'est pour éviter la nécessité impossible de ce concours de volontés que le texte croit devoir recourir à la fiction de la loi Cornélia qui vient supposer la fille captive morte dès le jour de sa captivité, fiction qui permet dès lors au père d'intenter seul l'action *rei uxoriæ*, comme il aurait pu le faire si sa fille eût été réellement décédée.

On s'est encore appuyé sur divers textes pour essayer de prouver que la mort seule et non l'esclavage pouvait dissoudre le mariage; mais cette interprétation qui ne s'appuie que sur des textes d'où les interpolations de Justinien, nous voulons dire de Tribonien, ressortent avec la plus grande évidence, ne doit pas nous retenir plus longtemps sur une question dont la solution nous est, ce nous semble, suffisamment démontrée, par la loi 1^{re}, *De divortiiis* ci-dessus citée, devant la décision absolue qu'elle nous donne et vu aussi le but même du texte, qui est précisément d'indiquer quelles sont les causes de dissolution du mariage. Or, nous dit ce texte, ces modes sont au nombre de trois, parmi lesquels il cite l'esclavage.

Nous avons vu les réformes apportées sur ce point par Constantin d'abord, par Justinien ensuite. Ce dernier empereur, qui avait abandonné les formalités exigées de la femme du captif pour convoler à de secondes noces, ne tarda pas à y revenir. Aussi des mesures sévères furent prises contre les femmes des soldats captifs qui s'étaient remariées avant d'avoir ob-

servé les formes exigées par la nouvelle 117, nouvelle qui nous fait connaître ce qu'était à la fin du règne de Justinien, la législation relative aux mariages des captifs.

Enfin, si nous faisons un dernier pas dans l'étude de cette importante matière, nous ne tardons pas à voir s'établir définitivement l'indissolubilité pleine et entière du mariage. Nous entendons par là la nécessité dans laquelle se trouvera désormais la femme, d'établir avec certitude la preuve du décès de son mari. Cette dernière solution devait être l'œuvre de Léon le Philosophe.

§ 2. *Ce que deviennent les biens, la captivité durant.*

Dans la précédente section, nous avons vu quels étaient les effets de la captivité sur la personne du captif lui-même, et sur celle de ses enfants ; dans la présente section, nous allons avoir à rechercher ce que deviennent les biens de ce captif pendant sa captivité. Un point certain : c'est que tous les biens appartenant au captif au moment où il était fait prisonnier, demeuraient sa propriété sous la condition résolutoire de son retour. En outre, tous les droits qu'il réunissait en sa personne, n'étaient pas complètement perdus pour lui, car il pouvait éventuellement les recouvrer ; ou, pour parler plus exactement, il pouvait être réputé les avoir

toujours conservés, pourvu qu'il revint à Rome. Le temps de la captivité était censé n'avoir jamais existé. De là les conclusions suivantes : le captif revenait-il à Rome, toutes les conséquences découlant de la servitude disparaissaient : tous les biens dont il était propriétaire avant d'être fait prisonnier, lui étaient rendus dans leur intégrité. Quant à ses droits, il les recouvrait également : il reprenait sa nationalité, devenait ingénu ou affranchi selon qu'il était précédemment ingénu ou affranchi. Sa *patria familias*, la tutelle dont il était investi, etc., en un mot toutes les facultés attachées au titre de citoyen romain, lui étaient rendues par une sorte de restitution *in integrum*. Tout ceci nous est d'ailleurs familier. Enfin (et c'est là ce qui doit nous occuper), si ses enfants ou ses esclaves ont fait des acquisitions durant sa captivité, c'est lui qui en profitera en ce sens que son *hereditas* s'en trouvera augmentée d'autant.

Mais ici apparaît une distinction fondamentale entre les droits considérés en eux-mêmes, mis en parallèle ou mieux en comparaison avec les simples faits. Expliquons-nous : si la fiction du *postliminium* se trouvait être assez forte pour effacer les droits, du moins les faits accomplis devaient-ils naturellement échapper à son empire. De cette distinction, nous trouvons au Digeste et dans les Institutes, de remarquables exemples qui nous permettent de poser le principe suivant : « Le captif ne pourra pas rentrer en possession des droits qui

ne peuvent être exercés sans être soutenus par un fait actuel.» De là, cette conséquence: le captif avait acheté *a non domino sed bona fide* le fonds Sempronien et était en train de l'usucaper. S'il revient après le temps exigé pour que l'usucapion se soit accomplie, il ne sera pas cependant propriétaire de ce fonds. C'est que la possession n'est pas un droit, mais un pur fait, lequel exige un *animus* personnel « *animo nostro, corpore alieno possidemus.* » (Une seule exception, que nous étudions plus loin, est relative à l'esclave qui possède *pro peculio*. Le maître acquérait dans ce cas la propriété à son insu). « *Possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.* » Donc, possédait-il une chose par lui-même, sa possession a cessé d'une façon tellement complète qu'il devra, pour en acquérir désormais la propriété, recommencer une nouvelle usucapion, laquelle pourra dans certains cas être toute différente de la première. Nous en trouvons des exemples au Digeste, notamment dans les lois 12, § 2, *De captiv.* et 23, § 1, *De acquir. vel amitt. possessione*, liv. XLI, tit. II.

Mais ce serait une erreur de s'imaginer que la possession ait été le seul fait que ne pouvait pas atteindre la fiction postliminienne. On peut en effet en citer d'autres. Exemple : Des droits qui sont rendus au captif de retour, il en est dont il n'est pas réputé avoir conservé l'exercice personnel, notamment. Son testament fait chez l'ennemi se trouvant vicié dès le début,

ne pourra jamais devenir valable, par cette raison que : « *Quod ab initio vitiosum est, ullo tractu temporis con-
« valescere non potest.* » Et cela est vrai, nous dit Justinien: *Quamvis redierit* (Inst., § 5, *Quibus non est
permissum*, etc.).

Toutefois, si le captif ne recouvre jamais la liberté, s'il meurt chez l'ennemi, cette interruption de prescription qui viendrait le frapper lui-même en cas de retour, sera considérée comme non avenue à l'égard de ses héritiers. Aussi voyons-nous dès maintenant se manifester la nécessité et la raison d'être d'une nouvelle fiction qui devait être l'œuvre de la loi Cornélia *testamentaria*, fiction qui consistait à considérer le captif comme étant mort dès les premiers jours de sa captivité. Dès lors les biens par lui possédés ou à lui appartenant étaient censés avoir été possédés par son hérité, véritable personne morale, qui les passait tels quels à ses héritiers. Disons, sans plus tarder, que l'empereur Léon, dans une Constitution qui forme la nouvelle 40, a complètement abrogé cette vieille règle romaine en déclarant valable tout testament même fait en temps de captivité.

Cette fiction nouvelle nous arrêtera quelques instants, mais nous devons préalablement dire quelques mots touchant la curatelle des biens du prisonnier.

Comme nous l'avons dit plus haut, le prisonnier de guerre n'est qu'un esclave dans la plus large acception du mot, et, comme tel, ne peut être ni propriétaire, ni

créancier, ni débiteur : tous les droits qu'il possédait, toutes les obligations dont il pouvait être tenu ont disparu par le fait même de la captivité. Son retour à Rome pouvait seul les faire revivre par l'effet du *jus postliminii*. Mais il y avait bien des circonstances fâcheuses auxquelles le *postliminium* était impuissant à remédier, notamment en ce qui concernait les biens, le patrimoine du prisonnier. Ces biens, en l'absence de leur propriétaire, se trouvaient, en effet, livrés au gaspillage et à l'incurie. C'est pour éviter ce résultat désastreux que, devant la possibilité d'un *postliminium* ultérieur, on eut soin d'introduire dans la législation un mode particulier de sauvegarder ces biens. On assimila à cet effet le captif romain au citoyen absent *reipublicæ causa* et on lui nommait, grâce à cette analogie, un curateur provisoire chargé de l'administration de ses biens : « Curator substantiæ dari debet, ne in medio « pereat » (L. 6, § 4, liv. XXVI, tit. I^{re}).

La nomination de ce curateur appartenait, soit au préteur, soit au *præses provinciæ* : Toute personne ayant un intérêt quelconque pouvait provoquer la nomination de ce curateur (L. 3, C., liv. VIII, tit. LI, *cum cognatos tuos*, etc.). On choisira de préférence un proche parent : « Divi fratres rescripserunt filium si sobrie vivat, patri « curatorem dandum, magis quam extraneum » (Ulpien, L. 12, § 1^{er}; Dig., liv. XXVI, tit. V). Un cas particulier à signaler était celui où le prisonnier était un impubère : en ce cas, le sénatus-consulte Tertullien

faisait à la mère une obligation de provoquer la nomination d'un curateur. Le manquement aux ordres de la loi entraînait, pour la mère, des déchéances graves : « In sententiam incidere dico » nous dit Ulpien (liv. XXXVIII, tit. XVII, L. 2, § 30) : Il fallait du moins qu'il y eût espoir de le voir revenir un jour : Hermogénien nous dit, en effet (L. 1^{re}, § 4, Dig., *De mun. et hon.*, liv. L, tit. IV) : « His similes sunt bonis dati curatores, « quæ fuerunt ejus qui ab hostibus captus est, et re-
« verti speratur. » Ce texte et d'autres semblables (L. 6, § 4, Dig., liv. XXVI, tit. I^{er}, L. 15, *princip.*, *Ex quibus causis maj.*, liv. IV, tit. VI), prouvent surabondamment, en présence du caractère d'utilité générale dont était revêtue la curatelle à Rome, que la nomination d'un curateur aux biens abandonnés de l'absent, ne peut pas laisser place au doute. Ulpien formule d'ailleurs cette règle générale (L. 2, Dig., liv. XXVI, tit. V : « His qui in ea causa sunt ut superesse
« rebus suis non possint dare curatorem, proconsu-
« lem oportebit. » Si le texte parle ici d'un proconsul, c'est qu'il s'est placé dans l'hypothèse où il s'agissait d'une province du Sénat.

Quels étaient les droits et les devoirs de ce curateur aux biens ? Quant à ses droits, ils se résumaient dans la faculté à lui accordée de poursuivre les débiteurs du captif. Ce droit de poursuite devint plus tard général. Les Institutes nous apprennent que déjà sous l'empire des actions de la loi, il pouvait intenter l'action de vol

(Inst., liv. IV, tit. X, *princip.*; *De iis per quos agere possunt*). — Inversement, on accordait aux créanciers du captif contre ce curateur, des droits analogues à ceux que pouvait avoir le curateur contre les débiteurs. Ils pouvaient même obtenir du préteur la *missio in bona*, mais la vente de ces biens se trouvait toujours reculée jusqu'au retour de leur débiteur. « Si, nous dit Paul (liv. XLII, tit. IV, Dig.) un citoyen romain est fait prisonnier, ses créanciers peuvent se faire envoyer en possession de ses biens. Cependant la vente n'en pourra pas être faite aussitôt, elle sera subordonnée au retour du captif *interim*. »

Cette curatelle ainsi établie prouvait bien que les droits du prisonnier ne se trouvaient pas absolument détruits par le seul fait de la captivité : ils avaient, en effet, une existence éventuelle que le *postliminium* pouvait rendre réelle plus tard.

Nous avons vu précédemment quelques exceptions à cette dernière règle, relativement aux droits de famille, et principalement dans la distinction que nous avons cru devoir faire entre les droits considérés en eux-mêmes et comparés aux simples faits.

Revenons à la loi Cornélia *de Falsis*, parfois appelée *Cornelia testamentaria*, et qui fut rendue, en l'an 673, sous la dictature de Sylla. Jusques à cette époque le citoyen romain qui avait fait un testament et qui mourait prisonnier, n'avait aucun moyen de faire produire un effet quelconque à ce testament, qui se trouvait in-

firmé puisque le captif était mort en servitude, c'est-à-dire n'ayant plus la jouissance de ses droits. Or c'était un principe, à Rome, pour qu'un testament fût valable, que le testateur devait avoir la capacité d'exercer le droit de tester au moment même de sa mort; or, en fait, cette capacité de droit n'existait plus, elle avait disparu devant la servitude. Ce fut pour obvier à ces conséquences rigoureuses que parut notre loi Cornélia.

En elle-même, cette loi visait une question criminelle relative aux auteurs de suppression ou d'altération de testaments : « Qui testament a falsa scripserit, « subjecerit... amoverit, etc., pœna legis Corneliæ « tenebitur, id est in insulam deportabitur. » Elle nous apprend donc que les peines par elle édictées seront appliquées à tout individu qui aurait falsifié le testament d'un citoyen captif mort chez l'ennemi. Ce n'est donc que d'une manière indirecte que la loi reconnaît la validité de ce testament, regardant ainsi comme étant mort citoyen, partant dans l'intégrité de ses droits, le Romain décédé en servitude. D'où l'on a pu conclure que, par l'effet du *beneficium legis Corneliæ*, comme l'ont appelé les jurisconsultes, les hérédités, les legs, les tutelles, les substitutions, etc., etc., contenus dans ce testament se trouvaient être désormais confirmés. Il est facile de se rendre compte des heureux effets produits par cette nouvelle fiction; nous citerons les suivants : Un captif avait un esclave qui,

durant la captivité de son maître, a fait une ou plusieurs stipulations. Est-ce que ces stipulations seront valables ? Il faudrait répondre négativement en l'absence de la loi Cornélia, car, l'esclave ne pouvant stipuler que pour son maître, et la stipulation étant interdite à ce dernier, toutes les stipulations faites par cet esclave devaient être nulles. Mais la loi Cornélia supposant le captif mort en captivité comme étant décédé le jour même où cette captivité a commencé, l'esclave a valablement pu stipuler pour son hérité, en vertu de la règle *hereditas personam defuncti sustinet*, et, par conséquent, ses héritiers en profiteront, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas eu de solution de continuité entre la propriété du *de cujus* et celle de ses héritiers. Nous en concluons que cette règle ne recevrait pas d'application en cas de vacance de l'hérité.

Une autre conséquence de cette même fiction est que l'esclave institué soit comme héritier, soit comme légataire, acquerra l'hérité ou le legs pour les héritiers du défunt, sur l'ordre desquels il se sera porté héritier.

Il existe une autre classe de biens qui doit aussi fixer notre attention. Ces biens sont de deux sortes : 1° les biens possédés à titre de pécule, au moment de la captivité par les personnes qui se trouvaient alors en puissance, c'est-à-dire par les fils de famille ou les esclaves ; 2° les acquisitions faites au même titre par

ces mêmes personnes depuis l'entrée du chef de famille en captivité.

Quant aux biens qui étaient possédés à titre de pécule avant la servitude du père ou du maître, la possession s'en continue sur la tête du captif qui pourra de la sorte les usucaper à son insu. Telle est, en effet, la décision indiquée au Digeste (L. 29, *De captiv.*), décision qui a prévalu. La raison de cette solution, contraire aux idées générales romaines, puisqu'elle suppose que le maître possède son esclave, trouve sa justification dans une nécessité pratique indiquée dans plusieurs textes du Digeste, consistant en ce que l'on a voulu éviter au maître de rechercher à tous moments quels étaient les éléments qui composaient le pécule de son fils ou de son esclave. Quant à ce qui touche les acquisitions faites pour le père de famille par ses fils ou par ses esclaves, les principes qui les régissent sont différents suivant que l'on envisage les uns ou les autres acquéreurs.

Quant aux acquisitions faites par des esclaves : Nous savons qu'au point de vue de son testament, le *paterfamilias* est réputé mort *ex die captivitatis*, s'il ne parvient pas à recouvrer sa liberté. La même règle doit s'appliquer aux acquisitions faites par ses esclaves, en sorte que tout ce que le captif aurait recouvré, en le supposant de retour, en vertu du *postliminium*, appartiendra à ses héritiers.

Quant aux acquisitions faites par les fils de famille :

Ici nous devons faire des distinctions : Si le fils a reçu un legs (nous parlons du fils légataire et non héritier, attendu que dans ce dernier cas le *jussus patris* eut été nécessaire), durant la captivité de son père et si celui-ci meurt chez l'ennemi, ce fils de famille qui était *sui juris* ou réputé tel à dater du jour de l'entrée de son père en captivité, aura acquis à son profit le bénéfice du legs. Que si le père revient, cette acquisition profitera au captif de retour.

Cette dernière solution nous présente une différence essentielle entre le cas où c'est un fils de famille ou bien un esclave qui se trouve appelé à recueillir un legs. La raison de cette différence est facile à concevoir. C'est que l'esclave ne peut jamais acquérir pour lui-même ce qui lui a été légué. L'esclave, en effet, restera toujours esclave, que son maître revienne ou ne revienne pas. Le legs par lui reçu ou la stipulation par lui faite profiteront, au premier cas au maître, au second cas à l'hérédité où les héritiers viendront plus tard en recueillir les bénéfices.

Tout autre est la situation du fils de famille, dont l'état demeure en suspens, et qui, par conséquent, acquerra pour son père ou pour lui-même les bénéfices résultant des stipulations par lui faites ou des legs par lui reçus, suivant la distinction que nous avons faite ci-dessus sur le retour ou la mort en captivité du *paterfamilias*.

CHAPITRE II

DU CAPTIF DE RETOUR OU DE SON DÉCÈS CHEZ L'ENNEMI

En recherchant dans le précédent chapitre ce que l'on devait entendre par « la captivité » et les effets qu'elle entraînait avec elle, nous avons dû toucher nécessairement à cette fiction du *postliminium* qui fait l'objet même de notre thèse. Mais ce serait se tromper de croire que cette idée sommaire suffirait pour nous faire connaître complètement cette particularité romaine que les nécessités pratiques durent seules créer. Nous nous proposons donc d'étudier, dans le chapitre présent, le *postliminium* en lui-même et dans ses effets les plus dignes de remarque, suivant que le captif revient à Rome ou meurt chez l'ennemi étant encore encaptivité.

§ 1^{er}. *Du postliminium appliqué au captif de retour.*

Justinien, dans ses Institutes, se plaît à nous donner du *postliminium* la définition suivante : une fiction de droit qui permettait aux prisonniers de guerre, quand ils revenaient à Rome, de reprendre tous leurs anciens droits. Puis, aussitôt après, se demandant quelle peut être l'étymologie de ce mot, il la fait dériver des deux

mots latins *post* et *limen*, c'est-à-dire *lime* : frontière et *post* : passé après ; d'où le citoyen pris par l'ennemi qui plus tard retourne à nos frontières, est dit à bon droit *reversus postliminio*. — Les jurisconsultes étaient cependant loin d'être d'accord sur point ; mais l'intérêt pratique se trouvant absent, nous n'examinerons pas les controverses qui se sont élevées à cet égard.

Jusques à présent nous n'avons envisagé qu'une sorte de *postliminium* : celui qui a trait aux personnes. Mais ce n'est là qu'un des côtés du *postliminium* en général et nous l'appellerons avec les commentateurs¹ le *postliminium* actif. Un autre *postliminium* existe, en effet, relativement aux choses et fera l'objet de notre dernier chapitre. — Cette dualité est formellement indiquée par Pomponius au Dig., liv. XLIX, tit. XV, loi 14 : « Duæ species postliminii sunt, ut aut nos « revertamur, aut aliquid recipiamus, » nous dit le jurisconsulte.

Cette diversité se manifeste ordinairement dans les qualificatifs qu'on leur applique généralement en les opposant l'un à l'autre. Le premier, nous l'avons déjà dit, est le *postliminium* « actif, » le second, le *postliminium* « passif. » C'est ce dernier sens que nous rencontrons au Digeste, dans la loi 10, *princip.*, *De captiv.*, où le jurisconsulte Paul, nous dit : « Postliminium « est nam quod bello amisimus aut citra bellum, hoc si « rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. » Mais quelles sont les conditions exigées pour que

notre fiction, envisagée au point de vue « actif » reçoive son application ?

Ces conditions sont de deux sortes : les unes sont relatives à la personne même du captif et sont pour la plupart négatives ; les autres visent le retour même du captif, retour qui doit s'effectuer dans un certain temps. Des premières, nous ne dirons rien pour le moment, mais nous en renvoyons l'étude à la fin de ce chapitre. Nous allons donc nous occuper immédiatement des conditions de temps que doit remplir le captif, dans son retour.

Un point certain, c'est que le *postliminium* pouvait être invoqué non seulement en temps de guerre mais même en temps de paix : « In bello aut in pace com-
« petit jus postliminii, » nous dit Pomponius. En temps de guerre il est évident que le citoyen romain fait prisonnier, qui avait été conduit au camp ennemi et qui était parvenu à s'échapper, pouvait recourir à notre fiction. Mais même en temps de paix, on pouvait l'invoquer. Dans ce dernier cas, elle profitait aux citoyens qui avaient été faits prisonniers, même la guerre durant, si toutefois un traité intervenu entre Rome et le pays ennemi venait à modifier la législation sur ce point. Car il était admis, en principe, que celui-là seul pouvait se prévaloir du bénéfice de *postliminium* qui, ayant été fait prisonnier la guerre existant, revenait pendant la guerre.

La raison d'une décision aussi dure nous est donnée

par Servius : « Spem revertendi, dit-il, civibus in vir-
« tute bellicā, magis quam in pace, Romani volue-
« runt. » Toutefois cette interprétation n'a pas laissée
que de trouver des contradicteurs, et il est vrai de dire
que nous n'arrivons à cette solution qu'en altérant
profondément le texte même, puisque nous nous
voyons obligés pour cela de substituer au membre de
phrase : *de quibus nihil in pactis comprehensum est*, cet
autre membre de phrase : *de quibus id in pactis com-
prehensum est*. Mais cette modification nous a semblé
être autorisée par le jurisconsulte lui-même, si nous
nous rappelons la raison donnée par Servius, d'une
part. par Pomponius, d'autre part, au Dig., loi 5, § 2
du même titre.

Quant au citoyen fait prisonnier pendant la paix, il
ouïra du *postliminium*, encore qu'il revienne *in pace*.
Comme application de ce principe, le même texte
(L. 12, *princ.*) suppose le cas où un citoyen romain se
trouverait dans un pays étranger auquel Rome vien-
drait à déclarer la guerre. Ce Romain pourra, nous dit
le texte, se prévaloir de la fiction postliminienne quand
il sera de retour, qu'il revienne pendant la guerre ou
pendant la paix. Nous ne rappellerons pas de quelle
sorte d'ennemis doit dépendre le prisonnier pour don-
ner lieu à cette application.

Mais toutes les conditions que nous venons d'énu-
mérer ne seraient pas suffisantes pour que l'on pût
user de notre fiction : nous devons, en effet, considérer

de plus les conditions que doit remplir le captif par lui-même pour pouvoir l'invoquer. Pour préciser le plus possible notre idée, nous pouvons dire que : le prisonnier ne doit pas se trouver dans une des situations spéciales et exceptionnelles que nous allons examiner avec le plus de brièveté qu'il nous sera possible.

En principe, tout captif a le droit d'invoquer à son profit le *jus postliminii*, pourvu qu'il soit revenu à Rome ou sur un territoire ami ou allié de Rome, et cela quel qu'ait été d'ailleurs le moyen par lui employé pour recouvrer sa liberté : que ce soit par ruse ou par force, par son propre fait ou par le fait d'autrui, voir même par un affranchissement d'ailleurs régulier, émanant de son propriétaire. Ce droit lui est acquis dès qu'il a passé la frontière, c'est-à-dire posé le pied sur le territoire romain ou sur le territoire d'un peuple allié de sa patrie. Tel est, en effet, le principe (nous laisserons de côté momentanément le cas des captifs que leurs concitoyens auraient libérés à prix d'argent, nous réservant de leur consacrer un paragraphe spécial).

Notons qu'au cas où le captif se trouvait être un fils de famille, le *postliminium* produisait un double effet : d'abord ce captif se voyait réintégré dans tous ses droits en général ; en outre, le *paterfamilias* recouvrait sur son fils la puissance paternelle éventuellement perdue par la servitude de son fils. « *Duplicem in eo*

« causam esse oportet postliminii : et quod eum pater
« reciperet, et ipse jus suum » (Pompon, liv. XLIX,
tit. 15. L. 14, au Digeste). Ajoutons, d'ailleurs, que le
prisonnier restait toujours citoyen romain, c'est-à-dire
non atteint par l'esclavage jusqu'au moment où il met-
tait le pied dans le camp ennemi. C'est dire que s'il
parvenait à s'échapper avant ce moment, il n'était
pas considéré comme ayant été fait prisonnier et, par
conséquent, n'avait en aucune façon besoin de recourir
au *postliminium* (L. 5, § 1^{er}. — L. 19, § 3, *De captiv.*).
Mais si le *postliminium* était la résultante ordinaire de
la libération et du retour du captif, cette conséquence
n'existait pas toujours nécessairement, puisque cer-
taines catégories de captifs, que nous allons exami-
ner, recouvrent néanmoins, comme ceux qui jouissent
du *jus postliminii*, la liberté légale en revenant à la li-
berté naturelle, mais ne peuvent, en aucun cas, se
prévaloir des droits attachés à notre fiction.

Ces exceptions, quoique prenant leur base dans des
raisons d'être fort diverses, se rencontrent cependant
sur un point identique consistant toujours dans l'indi-
gnité encourue par le prisonnier, aux yeux des Ro-
mains qui le considéraient dès lors comme indigne
d'avoir recouvré la liberté.

Voici ces quelques exceptions :

1^o La première exception au droit de se prévaloir
de la fiction postliminienne est celle des soldats ro-
mains qui se sont rendus à discrétion. « Postliminio

« carent, nous dit Paul, qui armis victi, hostibus sese
« dederunt. »

Une Constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose fait bien ressortir cette exception, en établissant un parallèle entre ces derniers et ceux qui ont été faits prisonniers *irruptionis necessitate*. — Ces derniers devront se hâter de revenir, et le fisc qui possédera leurs biens devra les leur restituer. Et qu'on ne vienne pas dire, ajoutent ces empereurs, que nous nous sommes mis en contradiction avec nous-mêmes, puisque nous ne nous occupons que de la question de savoir si c'est ou non par sa propre volonté que le soldat romain s'est trouvé être le prisonnier du barbare.

2° Nous en dirons autant des *transfuges*; pas de *postliminium* pour eux, nous dit Paul (L. 19, *hoc tit.*). « Car celui qui abandonne sa patrie méchamment et dans le dessein de lui nuire, doit être considéré comme un ennemi. Que ce soit un homme ou une femme, la même règle devra s'appliquer. » Il nous faut assimiler aux transfuges, c'est-à-dire, à ceux qui désertent pendant la guerre pour passer à l'ennemi, tous ceux qui s'échappent pendant une trêve ou qui se réfugient dans un pays non allié de Rome pour conspirer avec lui contre sa patrie. Puis, le jurisconsulte continuant, établit une différence essentielle entre le transfuge qui était citoyen romain et celui qui était esclave. Ce dernier, par l'effet de son retour retombait

en effet sous la puissance de son ancien maître, comme s'il avait été pris par l'effet du hasard, tandis que le transfuge libre, un fils de famille, par exemple, était considéré comme étant de ceux *qui hostium numero habendi sunt* et la peine qu'il subira sera d'être saisi et brûlé vif. La puissance paternelle elle-même fléchira devant les devoirs que tout citoyen doit à sa patrie. La raison de cette différence entre le fils de famille et l'esclave, transfuges tous deux, nous est indiquée par Paul aux § 5 et 7 de notre titre. Quant au fils de famille s'il est perdu pour son père comme pour sa patrie, c'est « quia disciplina castrorum anti-
« quior fuit parentibus romanis, quam charitas libero-
« rum. »

3° Enfin, nous devons assimiler à ces deux premières classes d'exceptions : 1° les *dediti*, c'est-à-dire, ceux qu'une clause expresse d'un traité a abandonnés à l'ennemi. Parmi ceux-ci nous pouvons mentionner entre autres les citoyens qui avaient osé porter la main sur les ambassadeurs étrangers que les Romains considérèrent toujours comme inviolables : *Sancti legati* ! 2° ceux qui, comme Régulus et ses compagnons, ne revenaient à Rome qu'après avoir promis ou juré de retourner à l'ennemi. Cicéron nous apprend même que ces Romains, en restant à Rome, se voyaient notés d'infamie par leurs concitoyens et par les censeurs, et que de plus ils étaient exclus du droit de suffrage (Cicéron, *De offic.*, liv. I^{er}, tit. XIII). L'histoire, d'ail-

leurs, nous montre que deux des compagnons de Régulus, qui usèrent d'un subterfuge ingénieux, à savoir de rentrer dans le camp ennemi après leur parole donnée et d'en sortir presque immédiatement, furent tellement honnis par leurs concitoyens qu'ils ne tardèrent pas à se donner la mort; 3° enfin, ceux qui ayant été admis à revenir à Rome par un traité intervenu entre les Romains et leurs ennemis, ont une fois préféré demeurer à l'étranger.

En dehors de ces hypothèses tout exceptionnelles, nous répétons que tout captif, en revenant à Rome, avait le droit de recourir en tout état de cause, au bénéfice du *postliminium*.

Avant d'aborder l'étude du *postliminium* passif, c'est-à-dire, spécial aux choses prises par l'ennemi et rentrant plus tard dans le domaine de leur ancien maître, étude qui doit former le chapitre troisième et dernier de notre thèse, il nous faut dire quelques mots de la situation toute spéciale faite aux citoyens prisonniers qui venaient ensuite à recouvrer leur liberté par le rachat de leur personne à l'ennemi, moyennant une somme d'argent qui ne leur appartenait pas.

§ 2. *De redemptis ab hostibus, ou des rédimés en général.*

Nous savons maintenant ce qu'il faut entendre par la fiction dite « postliminienne » et nous avons dit que le

jus postliminii pouvait être invoqué par tout captif revenu à Rome ou sur un territoire ami ou allié de Rome, et cela, de quelque façon qu'il y fût parvenu : par ruse ou par force, sauf bien entendu les quelques exceptions limitativement déterminées par les textes, exceptions que nous avons eu le soin d'énumérer dans le cours du dernier chapitre.

Laisant donc de côté ces exceptions, nous avons posé ce principe : que le captif devait être considéré comme étant de retour dès qu'il avait quitté le territoire ennemi. Cependant ce principe souffre une exception des plus importantes touchant une catégorie de prisonniers que nous avons définis ci-dessus : nous voulons parler des *redempti ab hostibus*.

En quoi donc diffèrent-ils de ceux qui, tombés comme eux au pouvoir de l'ennemi, ont recouvré la liberté par leur seul courage ou par la valeur de leurs compagnons d'armes ? C'est qu'ils ne pouvaient pas jouir immédiatement du bénéfice de *postliminium*.

Ils ne pouvaient, en effet, l'invoquer, du moins en général, qu'autant qu'ils avaient remboursé le prix payé pour les rendre à la liberté. En sorte que nous nous trouvons ici en face de différents droits : ceux du *redemptor* d'une part, et ceux du *redemptus* d'autre part, droits qui exigent eux-mêmes pour être connus, une sous-distinction : suivant que le *redemptor* les exerce sur un homme libre ou sur un esclave.

Notons, avant d'examiner les droits du rédimeant,

que ces droits devraient être considérés comme nuls et inexistants, toutes les fois que le rachat avait été fait dans un but de pure libéralité à l'égard du racheté. La libéralité peut même parfois se présumer comme nous le prouve la loi 17, tit. LI, liv. VIII au Code, constitution par laquelle les empereurs Dioclétien et Maximien refusent à une mère le droit de réclamer à son fils le prix de la rançon qu'elle a payé pour lui. Ce prix n'est en effet considéré avoir été déboursé par la mère que pour se dédommager de la peine qu'elle devait ressentir de l'absence de son fils. « Non de mercede, sed de « tristitia repugnanda, cogitatur. » Nous concluons donc de ce texte, que le rédiment a dû agir dans un esprit de spéculation. Mais une autre condition est aussi exigée : il faut un rachat réel, c'est-à-dire un déboursement effectif, sinon le racheteur n'acquerrait aucun droit sur le citoyen libéré qui pourrait user aussitôt le rachat effectué, du droit postliminien.

Revenons à notre division précitée, et demandons-nous quels seront, hors les cas de libéralité expresse ou présumée, les droits du rédiment sur l'homme libre par lui racheté. Il n'est pas douteux qu'il ait le droit de le conserver, *pignoris jure*, jusques au moment où il sera complètement rentré dans ses déboursés mais il ne faudrait pas croire que ce captif rédimé restait encore l'esclave, le *servus hostium* d'autrefois.

Non, il redeviendra ce qu'il était à Rome avant d'avoir été fait prisonnier, il reprendra son état et sa condi-

tion primitifs. Était-il ingénu, il redevient ingénu ; affranchi, il sera affranchi. Et c'est, comme tel, qu'il recouvrera ses anciens droits perdus lorsqu'il aura complètement remboursé le prix payé par son *redemptor* pour le rendre à la liberté.

Les droits du *redemptor* se réduisaient donc, quand il s'agissait d'un homme libre, à un simple droit de rétention, droit qui d'ailleurs était essentiellement personnel. Ainsi, supposons qu'une femme ingénue accouche alors qu'elle se trouve encore *apud redemptorem*. L'enfant dont elle sera accouchée prendra la condition qu'avait sa mère avant d'être tombée en servitude, c'est-à-dire que, dans l'espèce, il naîtra ingénu, et, de plus, il ne forme pas le gage du *redemptor*. C'est que la *potestas redemptoris* ne touchait en aucune façon à la personnalité juridique, laquelle bénéficiait du *postliminium* après avoir exercé la faculté de rachat. Le rédimé pouvait d'ailleurs être employé à tous les services qui, en général, peuvent être exigés d'un citoyen *in mancipio*.

Ce droit de rétention accordé au rédimant sur l'homme libre racheté est consacré par les textes d'une manière formelle. D'ailleurs, l'interdit qui garantissait à Rome la liberté des citoyens injustement détenus, l'interdit *de libero homine exhibendo*, pouvait être opposé au *redemptor* s'il s'obstinait à conserver le rédimé en gage après complet désintéressement, ou même lorsqu'il se refusait à accepter le prix de rançon qu'on

lui offrait : « Plane si offertur pretium, interdictum locum habet » (Dig., L. 3, § 3, *De lib. hom. exhib.*, livre XLIII, tit. XXIX). Ajoutons que les empereurs Honorius et Théodose permirent plus tard aux malheureux rédimés auxquels leurs ressources insuffisantes n'auraient pas permis de se libérer, de s'acquitter par des services envers le *redemptor*. Ces services devaient avoir été rendus durant l'espace d'au moins cinq années (L. 20, Cod., liv. VIII, tit. LI).

Quant aux droits acquis sur un esclave racheté, ils sont tout différents de ceux que nous venons d'examiner. Cet esclave devient en effet, par le seul effet du rachat, la propriété du *redemptor*. Tel est le principe que nous trouvons consacré au Digeste dans la loi 12, § 7, liv. XLIX, tit. XV. Et il devient tellement sa propriété, que son maître primitif se trouve n'avoir plus sur lui aucun droit, sauf cette restriction qu'il pouvait toujours offrir au *redemptor* le remboursement du prix payé par ce dernier pour acquérir l'esclave, lequel, dans ce dernier cas, sera réputé être revenu à son ancien maître, *jure p'stliminii*. Nous verrons plus loin qu'à cet égard il faut assimiler à l'esclave toutes les choses captives qui auraient été rachetées dans le commerce.

Aux termes d'une Constitution de Septime Sévère et de Caracalla, le *redemptor* devient propriétaire du *redemptus servus*, et ce droit de propriété, il le conserve jusqu'au remboursement fait par le maître primitif de l'esclave racheté. C'est dire, en d'autres termes, que

la condition du rachat se trouve être en même temps la condition d'application du *postliminium*.

Mais supposons que le *redemptor* affranchisse cet esclave. Quel sera l'effet de cet affranchissement ? L'esclave acquerra-t-il la liberté, ou bien redeviendra-t-il la propriété de son ancien maître ? Cette question est longuement discutée par Thyphoninus dans la loi 12, § 9 de notre titre. Après s'être égaré sur une question qu'il déclare d'ailleurs lui-même ne pouvoir être comparée avec celle qui nous occupe, le jurisconsulte résout la question en faveur de la liberté. L'esclave sera donc libre, et cela, nous dit le texte, parce que le *redemptor* en l'affranchissant a fait directement ce qu'il pouvait faire indirectement, en ce sens qu'il aurait pu vendre l'esclave à un possesseur de bonne foi qui, après en être devenu le propriétaire, aurait pu l'affranchir valablement après l'avoir possédé durant le temps exigé pour l'usucapion.

Mais le propriétaire primitif a-t-il toujours et en tout temps, le loisir de pouvoir faire tomber le droit du rachetant ? Ou bien devons-nous admettre que ce dernier pourra devenir propriétaire incommutable de l'esclave en le possédant le temps voulu pour parvenir à l'usucapion ? Nous croyons devoir admettre que le délai d'usucapion lui donnera une propriété définitive, bien que l'on puisse nous objecter, qu'étant déjà propriétaire par l'effet du rachat, il n'a pu usucaper sa propre chose. Et la raison de notre décision, c'est que

avant la Constitution de Sévère et de Caracalla, cette usucapion était permise. Or, rien ne prouve que ces empereurs aient voulu l'écarter, tout au contraire, puisque ces empereurs ont eu pour but de faire une position meilleure au rédiment ; or ce serait une faveur qui tournerait au détriment de celui que l'on voulait gratifier, si nous admettions la décision contraire. Nous déciderons donc avec Tryphoninus (liv. XLIX, L.12, § 8, *De captiv. et postlim.*) qu'après le délai ordinaire d'usucapion, la propriété de l'esclave sera irrévocablement acquise au rédiment de bonne foi contre lequel le propriétaire antérieur se trouvera désormais dépourvu de son ancienne action tendant à recouvrer la propriété de son esclave.

CHAPITRE III

DES CHOSES CAPTIVES

Nous avons dit que le *postliminium* appliqué aux choses, avait reçu des commentateurs le nom de *postliminium* passif, par opposition au *postliminium* actif appliqué aux personnes, lequel a fait l'objet de notre étude dans les deux chapitres précédents.

L'effet de ce *postliminium* est le suivant : une chose captive qui revient à son maître, est réputée n'être jamais sortie de son patrimoine, en sorte qu'elle y rentre dans le même état et dans des conditions identiques à celles dans lesquelles elle se trouvait au moment où elle a été prise : c'est ce que nous dit Paul (au Dig., L. 19, pr. *hoc tit.*) « Postliminium est jus
« amissæ rei ab extraneo recipiendæ et in statum pris-
« tinum recipiendæ..... nam quod bello amisimus aut
« etiam citra bellum, postliminio dicimur recipere. »

Nous devons d'abord nous demander à quelles sortes de choses notre fiction peut être appliquée et quelles conditions elles doivent réunir pour qu'elle puisse être invoquée.

Justinien, dans ses Institutes, rejetant la division des choses en choses *divini juris* et choses *humani juris*, division présentée par Gaius et par les autres

jurisconsultes comme étant la plus importante, laisse de côté cette distinction dont il ne parle que d'une façon tout à fait accessoire, pour en adopter une autre qu'il nous présente comme primordiale. Il pose, en effet, comme division fondamentale des choses, celle des choses hors de notre patrimoine et choses dans notre patrimoine : « Videamus, dit-il, de rebus quæ
« in patrimonio nostro, vel extra patrimonium nostrum
« habentur. » Il fait donc rentrer dans cette division toutes les *res* en général, et il se hâte, aussitôt cette division posée, d'en donner une énumération.

Sans vouloir nous attacher plus longuement à cette division des choses, il nous faut rechercher quelles sont les choses qui peuvent donner lieu à l'application de notre fiction : un point certain, c'est que les choses seules qui étaient susceptibles de propriété privée pouvaient en provoquer l'application. Ce mot « choses » comprend dans notre rubrique les esclaves comme les choses inertes et les animaux ; d'abord les propriétés territoriales reprises sur l'ennemi ne feront pas partie du butin, mais reviendront à leurs anciens maîtres (L. 20, *De captiv. Pomponius*). Nous verrons plus loin qu'un texte de Labéon (L. 28 de notre titre) a pu soulever controverse sur ce point, lorsqu'ils s'agissait d'objets mobiliers repris à l'ennemi. Donc, tout ce qui se trouvait à l'état de choses dont les Romains ne pouvaient user que *ut singuli* y échappait fatalement.

Les bords de la mer, c'est-à-dire les terrains

baignés par le flux et le reflux de l'eau, ne furent jamais considérés à Rome comme susceptibles de propriété privée, en sorte que si quelque citoyen s'appropriait quelques fragments du rivage, la propriété de ces fragments disparaîtrait par leur retour à leur nature première. Ainsi, par exemple, si l'édifice que vous avez construit s'écroule, le terrain qui en formait la base cesse de vous appartenir pour devenir *res nullius* par une sorte de *postliminium* ; de même, comme nous le verrons plus loin, que l'animal sauvage que vous reteniez captif redevient *res nullius* en recouvrant sa liberté naturelle. Nous devons dès lors nous attacher aux seules choses qui, suivant Justinien, peuvent tomber *in patrimonio nostro*, car elles seules sont susceptibles de donner lieu à l'application de notre fiction.

Il y avait cependant ceci de remarquable : c'est que les choses de droit divin qui tombaient au pouvoir de l'ennemi perdaient, par ce seul fait, aux yeux des Romains leur caractère religieux sacré ou saint ; mais elles recouvraient ce caractère par une sorte de *postliminium*, si elles étaient plus tard reprises aux ennemis (liv. XI, tit. VII, Dig. ; L. 36, Pomponius).

Sans nous étendre trop longuement sur la matière, nous parlerons du *postliminium* appliqué aux choses prises par les Romains aux ennemis, c'est-à-dire aux barbares, même en temps de paix, ou aux *hostes*, après une déclaration de guerre faite conformément au droit.

Nous dirons aussi, pour terminer, quelques mots des animaux sauvages.

Justinien, au livre II, § 17 de ses Institutes, nous apprend que les choses prises à l'ennemi deviennent notre propriété. De même, inversement, les choses que les ennemis ont enlevées aux Romains durant la guerre leur appartiennent. Malgré les divergences qui se sont élevées entre les jurisconsultes à l'occasion de ce texte, relativement à la question de savoir à qui doivent appartenir ces choses, au peuple romain ou au soldat qui s'en est emparé, il nous semble que nous devons user à cet égard de distinction; quant aux immeubles, le droit du peuple seul existait. Cette solution ressort avec la plus grande évidence de tous les textes du Digeste qui ont touché à cette question, et, entre autres, de la loi 20, § 1^{er}, *De captiv.*, où Pomponius nous dit : « Publicatur ille ager qui ex hostibus « captus est. » Quant aux meubles, Aulu-Gelle nous a laissé un exemple de serment que prêtaient les soldats à leur général de ne toucher en rien au butin qu'ils pourraient acquérir sur l'ennemi. Si donc nous trouvons quelques textes accordant au premier occupant, nous voulons dire au soldat qui le premier s'emparait d'une chose ennemie, la propriété de cette chose, il faut dire que c'était là l'exception. C'est d'ailleurs ce que prouverait implicitement l'histoire même du peuple romain, qui se vit exempté de l'impôt à cause des immenses richesses rapportées de Macé-

doine. (On a pu, il est vrai, objecter que la suppression de l'impôt, en Italie, ne venait pas de l'abondance des richesses rapportées de Macédoine, mais bien de ce que les provinces fournissaient à elles seules un contingent nécessaire et suffisant à tout l'empire romain. Il n'y aurait donc eu, dans ce cas, qu'une simple coïncidence de temps, qui réduirait à néant l'argument historique ainsi présenté.) Or, cette mesure n'aurait pas pu être prise si le butin ainsi amassé avait appartenu aux soldats pris individuellement, au prorata de la part acquise par chacun d'eux dans le pillage. D'ailleurs, un texte de Modestin (liv. XLVIII, tit. III, L. 13) vient à l'appui de notre opinion, en présentant comme coupable de péculat, c'est-à-dire de vol commis sur les biens du peuple, celui qui dérobe le butin : « Is qui
« prædam ab hostibus captam subripuit, lege pecu-
« latus tenetur. »

Quoi qu'il en soit de cette controverse, il est un point certain : c'est que si les choses enlevées aux ennemis venaient, par un moyen quelconque, à retourner chez ces ennemis, elles reprenaient leur état et leur caractère primitifs, et comme telles redevenaient *res hostiles* : *Pristinum statum recipiunt*, nous disent les Institutes.

La loi 19, *principium*, *De captiv.*, exprimait d'ailleurs une idée identique, en disant que la fiction postliminienne leur était applicable. De ce que la chose ainsi reprise par l'ennemi était réputée ne lui avoir ja-

mais été enlevée, nous pouvons tirer les conséquences suivantes : redevenue *res hostilis*, le Romain en a par là même perdu la propriété, et, par conséquent, tous les droits quels qu'ils fussent, qu'il avait pu concéder sur elle alors qu'il l'avait en sa possession, se trouvent éteints : par exemple, l'usufruit disparaîtra. Bien mieux, si cette même chose retombait plus tard dans le patrimoine du citoyen romain qui l'avait déjà possédée, le droit primitif de propriété pourrait se trouver lui-même modifié. En tous cas, les droits réels concédés auparavant ne revivraient plus.

Nous pouvons en dire autant, par réciprocité : d'une chose romaine dont l'ennemi viendrait à s'emparer ; en sorte que cette chose ravie aux Romains, si elle revenait à Rome d'une façon quelconque, reprenait son caractère primitif, d'où la conséquence suivante : c'est qu'elle sera revenue à Rome tenue de tous les droits réels dont elle avait pu être grevée avant de tomber entre les mains de l'ennemi. Et elle tombera non pas dans le patrimoine du capteur, mais dans celui du peuple romain ou du citoyen de Rome, suivant que cette chose faisait primitivement partie soit du domaine de l'Etat, soit du domaine particulier. En un mot, dès qu'elle se trouve hors de la puissance de l'ennemi et qu'elle sera rentrée sur le territoire romain ou sur un territoire ami, le *postliminium* recevra son application. Nous devons toutefois noter une différence essentielle entre l'esclave et les autres choses

captives reprises à l'ennemi. Elle nous est signalée par Paul (L. 30, *De captiv.*). Labéon décidait que la chose captive était censée revenue dès qu'elle avait passé la frontière. Paul déclare que, s'il s'agit d'un esclave, même de retour, on ne le considérera pas comme revenu à Rome s'il n'est pas au service de son maître ou de toute autre personne, quel qu'en soit d'ailleurs le détenteur, à moins que ce dernier ne se trouve dans un des cas exceptionnels qui l'autorisent à ne pas la restituer. Nous citerons le cas où ce détenteur aurait racheté cette chose dans le commerce. Nous verrons, à la fin même de cette étude, quelle est alors la condition de cette chose.

Toutefois, si l'on peut recouvrer certaines choses, telles qu'un cheval ou une cavale emportés, c'est parce que l'on peut supposer qu'ils ont pu s'échapper sans la faute du maître, qui aurait été impuissant à les contenir. Mais il existait certaines choses que l'on ne pouvait jamais réacquérir, parmi lesquelles nous pouvons citer les vêtements et les armes. C'est qu'en effet la perte de ses armes entraînait pour le soldat romain l'infamie, la honte; parfois même la peine était plus sévère et pouvait aller jusqu'à la mort, comme nous l'indique la loi 3, § 3, au Digeste, liv. XLIX, tit. XVI, lorsqu'elle nous dit : « Miles qui in bello arma amisit, capite punitur. »

Si les règles que nous venons d'examiner recevaient une application sans conteste lorsqu'il s'agissait d'im-

meubles ou de *loca sacra*; la question se trouvait plus compliquée à l'égard des meubles : il était souvent difficile d'en découvrir le propriétaire antérieur. Aussi voyons nous s'établir une coutume consistant à exposer solennellement l'ensemble du butin et à accorder un certain nombre de jours durant lesquels les citoyens pouvaient venir reconnaître les objets qui leur appartenaient et exercer leur droit de reprise. Nous croyons, malgré la généralité des expressions employées par les historiens, que ce droit de reprise ne portait que sur les *res postliminiæ* comprises dans le butin. Cependant Labéon semble dire le contraire dans la loi 28 de notre titre : « Si quid in bello captum est, in præda est, non « postliminio redit . » Paulus : « Imo, si in bello captus pace facta domum refugit, deinde renovato bello « capitur, postliminio redit ad eum a quo priore bello « captus erat, si modo non convenerit in pace, ut captivi redderentur. » — Quelle que soit la correction que l'on ait voulu apporter au texte précédent, le sens n'en est pas moins fort clair : suivant Labéon le butin se trouve souvent soustrait à l'action du *postliminium*. Et cependant cette idée est inadmissible, puisqu'il est certain que les *res postliminiæ* recouvrées, les armes à la main, font partie du butin, et qu'à cet égard le *postliminium* reçoit certainement son application.

On a prétendu que Labéon ne visait dans cette hypothèse, que les armes et les vêtements auxquels ne s'applique pas notre fiction ; d'autres ont cru qu'il ne s'a-

gissait que d'un butin non réclamé. — Toutes ces explications nous semblent absolument arbitraires : il est certain, selon nous, que nous ne pouvons admettre d'une façon générale l'idée de Labéon, mais il nous paraît non moins certain qu'elle vise une espèce toute particulière qu'il s'agit de découvrir.

L'idée du jurisconsulte se résume ainsi : Une *res postliminii* est enlevée aux ennemis par les Romains, puis reprise par le même ennemi, puis enfin reprise par les Romains. D'après Labéon, cette chose fait partie du butin, mais le *postliminium* ne s'y applique pas : cette décision est conforme aux principes, si nous nous rappelons que le *postliminium* est une institution de droit des gens ; mais si l'idée émise par Labéon se trouve être exacte en elle-même, il est vrai de dire qu'elle est un peu trop générale ! C'est qu'en effet, cette proposition sera fausse lorsque le *postliminium* n'aura pas eu son effet chez l'ennemi, c'est-à-dire toutes les fois que les effets de la première occupation romaine n'auront pas été effacés. C'est d'ailleurs ce que le jurisconsulte Paul entreprend de démontrer par un exemple. (Les bâtiments de guerre, galères ou navires de transports, retournaient à l'Etat par droit de *postliminii* ; il en était différemment des bâtiments de pêche ou de plaisance. Quant au cheval ou à la jument *freni patientes*, ils faisaient également exception à la règle, parce que nous l'avons vu, ils ont pu

s'échapper sans la faute de leurs cavaliers (Marcellus, liv. II, *hoc tit.*).

Disons quelques mots, en terminant, sur le *postliminium* appliqué aux animaux sauvages.

La théorie de notre fiction s'applique aussi aux animaux sauvages acquis par voie d'occupation, c'est-à-dire acquis par une personne qui s'en saisit dans l'intention d'en devenir propriétaire, sans le concours ou la volonté d'autrui. De sorte que l'on a pu dire avec raison que dans le cas d'acquisition par voie d'occupation, la propriété naissait simplement de la possession qui fut d'ailleurs, au début, la seule origine de la propriété individuelle. « *Dominium ex naturali possessione cœpisse Nerva filius ait.* » (Dig., liv. XLI, tit. 2. L. 1^{re}, § 1, Paul.) Nous devons ajouter toutefois que, outre la possession, il faudra, pour devenir propriétaire d'une chose, que cette dernière susceptible de tomber dans notre patrimoine, n'appartienne à personne.

Aussi voyons-nous Justinien s'attacher à bien établir une différence entre les animaux sauvages d'une part et les animaux domestiques d'autre part. Ceux-ci, en effet, demeurent toujours la propriété de leur maître, encore qu'ils se soient échappés, et nous devons faire rentrer dans cette catégorie même certains animaux sauvages s'ils sont apprivoisés pourvu qu'ils n'aient pas perdu l'habitude de revenir chez leur maître. Il n'en est pas de même des animaux sauvages proprement

dits : ceux-ci, en effet, échappent à l'autorité de leurs propriétaires dès qu'ils ont recouvré leur liberté naturelle : c'est que cette propriété, résultat de la possession, ne peut durer qu'autant que la possession elle-même. Si l'oiseau que vous teniez en cage vient à s'envoler, si vos abeilles quittent leurs ruches, vos pigeons leur colombier ; si le cerf que vous aviez apprivoisé regrettant ses forêts sauvages y retourne sans esprit de retour, votre propriété disparaîtra, mais elle ne disparaîtra qu'autant que ces animaux seront retournés à leur état naturel. En ce dernier cas, ils seront réputés, par l'effet du *postliminium*, avoir toujours conservé leur liberté et n'avoir jamais appartenu à personne.

De là cette conséquence que : si un tiers vient plus tard à s'en emparer, il se trouvera complètement à l'abri de toute action pouvant émaner du propriétaire antérieur.

Nous terminerons cette étude en disant quelques mots des choses qui, tombées au pouvoir de l'ennemi, ont été rachetées par un citoyen romain.

Le droit de rachat, avons-nous dit, suspend celui du *postliminium* actif. C'est une sorte de *pignoris jus* accordé à celui qui a racheté aux ennemis un captif dont ils s'étaient emparés, afin d'arriver au remboursement du prix de rançon qu'il a payé. Nous avons vu que si le rachat portait sur un esclave, les droits du *redemptor* étaient tout différents. Que dirons-nous au cas où il

s'agit d'une chose qui est revenue à Rome? Comme conséquence du *postliminium*, il est vrai de dire que si cette chose revient au pouvoir des Romains, au lieu d'appartenir au peuple ou au premier occupant, elle reviendra à son ancien propriétaire, d'où il résultait que la chose prise par un Romain et rachetée par un autre Romain n'appartenait pas au *redemptor*, lequel ne pouvait que l'usucaper s'il avait été de bonne foi, c'est-à-dire ignorant qu'elle eût été la propriété d'un de ses concitoyens. L'iniquité d'un pareil résultat provoqua une Constitution à laquelle Tryphoninus fait allusion dans la loi 12, § 8 (liv. XLIX, tit. XV) : elle accordait immédiatement au *redemptor* un véritable droit de propriété sur la chose rachetée, droit résoluble il est vrai, puisque l'ex-propriétaire avait une année pour opérer le remboursement et recouvrer son droit (L. 12, § 7, *eod. tit.*). Nous avons répondu à l'objection qu'un propriétaire ne peut pas usucaper sa propre chose lorsque nous nous sommes occupés de l'esclave racheté.

Bien que ces textes se placent exclusivement dans l'hypothèse d'un *servus redemptus*, la force même de leur motif exige que nous l'étendions à toutes autres choses mobilières, et il est vrai de dire que pour les choses aussi bien que pour les personnes, le *postliminium* se trouvait être suspendu, dans son application, par la condition du rachat.

DROIT FRANÇAIS

DE LA DÉLIMITATION DU DOMAINE PUBLIC

INTRODUCTION

Une des questions les plus importantes, une des plus curieuses, nous dirons même des plus fécondes en controverses, que nous offre actuellement le droit administratif, est sans contredit la question de la voirie.

On entend par « voirie » dans un sens général, tous les moyens de communication soit par terre, soit par eau. Il est facile de voir, par cette définition même, quel vaste domaine il nous faudrait parcourir si nous voulions étudier la voirie sous toutes ses faces et à tous les points de vue, et combien superficielle serait une étude de ce genre renfermée dans un cadre aussi étroit que celui par nous embrassé.

Aussi notre intention est-elle de ne l'envisager qu'au point de vue tout restreint qu'indique le texte même

de cette thèse, réduisant d'autant la définition précédemment donnée, en ce sens que, laissant la voirie en elle-même, nous ne l'étudierons principalement qu'au point de vue spécial de la ligne de démarcation à établir entre la propriété privée, d'une part, et les biens formant le domaine public, d'autre part. Mais avant d'aborder l'étude de la voirie en général et des distinctions auxquelles elle peut donner lieu, il nous a semblé nécessaire de donner une notion sommaire du domaine public en général et de présenter une étude historique des plus succinctes de ce domaine tel qu'il existait dans l'ancien régime et tel qu'il existe de nos jours, examinant de la sorte, les transformations qu'il a dû subir sous l'empire de la Révolution française. C'est cette première idée qui nous a semblé devoir servir de préambule à cet ouvrage.

DU DOMAINE PUBLIC SOUS L'ANCIEN RÉGIME
DE SES MODIFICATIONS POSTÉRIEURES

Nous définissons aujourd'hui le domaine public : cette partie du domaine, soit de l'État, soit des départements, soit des communes, qui offre ces deux traits caractéristiques d'être inaliénable et imprescriptible. Cette inaliénabilité et cette imprescriptibilité ne furent pas une œuvre nouvelle de la Constituante ; elles existaient en effet avant la Révolution, mais il est vrai de dire

que, la première, la Constituante en assura la sérieuse application.

On ne distinguait pas, sous l'ancien régime, le domaine de l'État du domaine privé du prince. Ces deux domaines, différents aujourd'hui, formaient alors une unité dite : domaine de la couronne. Jusques à la deuxième race, le royaume se partageait entre les enfants du prince. L'honneur d'avoir formé l'unité du royaume et de la royauté française appartient en effet aux Capétiens qui prirent l'habitude d'associer leurs fils aînés à la couronne. Quant aux fils puînés, ils reçurent en échange des biens dits « apanages, » lesquels devaient revenir ultérieurement au domaine, au cas où le prince apanagiste venait plus tard à décéder sans postérité.

L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine plusieurs fois déclarées dans l'ancien droit par des ordonnances successives, se rencontrent déjà aux temps romains touchant les *fundi patrimoniales* des empereurs, lesquels, moyennant une redevance dite *causa*, donnaient leurs biens « à bail emphytéotique, » bail dont la véritable nature ne devait être définitivement bien fixée qu'au Bas-Empire, après des nombreuses divergences entre les jurisconsultes, par l'empereur Zénon.

Deux ordonnances de l'ancien droit établirent avec une certaine fixité théorique et même une certaine application pratique, l'une l'inaliénabilité, l'autre l'imprescriptibilité du domaine de la couronne. Leur raison d'être naquit des vœux des États-Généraux aux-

quels les rois demandaient les subsides nécessaires pour entreprendre ou continuer leurs guerres. Le premier principe : l'inaliénabilité, fut l'œuvre de l'Édit de Moulins de 1566. Quant à l'imprescriptibilité, elle ne devait apparaître que quelques années plus tard, proclamée par l'ordonnance de 1569. C'est à ces deux époques que la Constituante, dans sa loi fameuse des 29 novembre, 1^{er} décembre 1790, remontera plus tard pour déclarer quelle sera la condition des détenteurs nationaux, appelés « propriétaires engagistes. » Mais qu'entendre aujourd'hui par le domaine national ? C'est l'ensemble des biens formant la propriété de la nation : parmi ces biens, les uns échappent soit par leur nature, soit par leur propre destination, à toute appropriation individuelle : C'est le domaine public ; les autres, au contraire, sont susceptibles d'être acquis par des particuliers, soit par contrat passé avec l'État, soit par la prescription qu'ils pourraient lui opposer.

Nous venons de dire que le domaine de l'État se divisait en domaine public et en domaine privé. Le premier de ces domaines doit seul fixer notre attention.

Une question sur laquelle nous ne voulons pas nous arrêter, la jurisprudence et la doctrine étant d'accord pour la considérer comme étant une erreur législative, est celle relative à l'énumération que nous donne notre art. 538 du Code civil, lequel place à tort parmi les exemples qu'il nous donne, les lais et relais de la mer dans le domaine public de l'État. C'est en effet une

question bien certaine aujourd'hui que les lais et relais de la mer ne forment pas le domaine public inaliénable. Ils ont toujours en effet été considérés comme susceptibles d'aliénation depuis 1566, et les arrêts ont souvent reconnu comme valables les concessions de créments futurs, c'est-à-dire de lais en formation. L'art. 16 de la loi du 16 septembre 1807 confirme d'ailleurs cette jurisprudence.

Mais cette erreur de la loi une fois reconnue, que devons-nous comprendre dans le domaine public ? L'art. 538 du Code civil répond à notre question : « Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, « les fleuves et rivières navigables et flottables, les rivages, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne « sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont « considérés comme des dépendances du domaine public. » Nous devons compléter cet art. 538 par l'article 540 énumérant les biens qu'une destination spéciale a affectés à la défense de l'État : tels que murs, remparts, forteresses, etc. (Cet article n'est d'ailleurs que la reproduction de l'art. 13 de la loi des 8-10 juillet 1791). Enfin, ajoutons pour mémoire, qu'en Algérie tous les cours d'eau, toutes les sources rentrent dans le domaine public (ordonnance 1845 et loi 16 juin 1851).

Mais ce serait une grave erreur de croire, en prenant à la lettre le texte même de l'art. 538, que le domaine public pris dans un sens général ne doit com-

prendre que les rues et chemins entretenus par l'Etat, ou pour employer l'expression même du Code « à la charge de l'Etat ; » une telle interprétation conduirait en effet à soutenir que le domaine public, *lato sensu*, ne comprendrait ni les voies départementales, ni les chemins vicinaux. Or, personne ne doute que le département et la commune qui ne sont, en définitive, que des diminutifs de l'Etat, n'aient, comme celui-ci, leur domaine public et leur domaine privé. L'art. 10 de la loi du 21 mai 1836, sur lequel nous aurons plusieurs fois à revenir dans le cours de cette étude, touchant les chemins vicinaux, suffirait pour ne laisser aucun doute sur ce point. Cette interprétation de l'article 538 se trouverait, d'ailleurs, confirmée par la discussion même de ce texte au Conseil d'Etat, discussion de laquelle il résulte que les mots « à la charge de l'Etat » n'y furent insérés que dans le but de prouver que les chemins autres que ceux entretenus aux frais de l'Etat, formaient le domaine public des communes. D'ailleurs, la destination seule des routes et chemins des communes prouverait surabondamment qu'ils doivent rentrer dans le domaine public inaliénable.

Cette idée établie, qu'entendre par « délimitation du domaine ? »

La délimitation est une question générale à toute voirie. Elle prend le nom d'alignement, quand il s'agit de la voirie terrestre ; elle conserve, au contraire, son nom de délimitation quand il s'agit de la voirie maritime. Cette idée de généralité nous conduit à nous de-

mander ce que l'on entend par l'alignement en général.

L'alignement ou délimitation consiste à indiquer, par rapport aux propriétés privées voisines du domaine public, soit de l'Etat, soit des départements ou des communes la ligne de démarcation entre ces deux domaines. Le but de l'alignement est non seulement la conservation des chemins en général, mais encore leur redressement et leur élargissement. C'est à l'administration qu'appartient le droit de fixer la largeur des routes en général ; elle peut donc parfois forcer un propriétaire à abandonner son héritage en tout ou en partie. On voit dès lors que de nombreux points de contact peuvent exister entre la délimitation et l'expropriation. Nous dirons bientôt en quoi elles diffèrent l'une de l'autre.

Nous diviserons notre travail en trois parties. Dans la première partie, nous chercherons à bien établir les diverses voies de communication, en nous plaçant au point de vue de la distinction en grande et petite voirie. Dans un second chapitre, nous étudierons ce qu'il faut entendre par l'alignement en général, et les différentes servitudes auxquelles il peut donner lieu, pour la grande voirie d'une part, pour la petite voirie d'autre part. Enfin, dans une troisième et dernière partie, nous nous demanderons quelles sont les autorités compétentes pour opérer ces diverses délimitations.

CHAPITRE PREMIER

DES DIVERSES VOIES DE COMMUNICATION, CONSIDÉRÉES EN
TANT QU' FAISANT PARTIE, SOIT DE LA GRANDE, SOIT
DE LA PETITE VOIRIE.

Le texte même de ce premier chapitre, nous montre qu'il nous est tout d'abord nécessaire de distinguer la grande et la petite voirie, en établissant les différences principales qui peuvent exister entre elles. Il nous suffira ensuite d'indiquer les voies de communication que nous devons faire rentrer dans l'une ou l'autre de ces catégories.

§ 1^{er}. *Distinction entre la grande voirie et la petite voirie*

Cette distinction existait déjà sous l'ancien régime, mais avec une signification toute différente de celle que nous lui accordons aujourd'hui. Dans l'ancien droit, en effet, les chemins, rues, etc., en un mot toutes les voies publiques, en général, se trouvaient soumises à un régime identique et ne différaient l'une de l'autre que par leur administration : la grande voirie comprenait l'ouverture et la direction des routes et chemins de toutes sortes. La petite voirie au contraire,

avait pour but de protéger ces voies de communication, au moyen de mesures de police édictant à cet effet des défenses et des pénalités. Nous trouvons encore des traces de cette distinction ancienne lorsque nous envisageons les rues de Paris qui se trouvent d'ailleurs soumises à une législation toute spéciale, dont nous parlerons bientôt, en traitant des voies de communication faisant partie du domaine de la grande voirie.

De nos jours cette distinction a pris une signification toute différente de celle qui nous est communiquée par les anciens règlements : elle repose, en effet, dans notre droit actuel, sur la nature même des voies de communication, sur leur importance et aussi sur les services auxquels elles peuvent être affectées.

Mais avant de nous demander et de rechercher quelles sont les routes, chemins, etc., qui doivent être regardés comme des dépendances de la grande ou de la petite voirie et dont l'étude fera l'objet de ce premier chapitre, nous devons nous demander quels sont les divers intérêts qui peuvent résulter de la question de savoir, si telle ou telle route, si tel ou tel chemin doit rentrer dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. Nous allons les résumer rapidement :

Un premier intérêt consiste à savoir quelle autorité sera compétente pour réprimer les entreprises ou contraventions commises en matière de voirie. La compétence diffère, en effet, suivant que l'on se trouve en

face d'une dépendance de la grande ou de la petite voirie. Au premier cas, la réparation du dommage causé par le délinquant et la pénalité qui lui incombe, sont jugés par le conseil de préfecture conformément au décret de 1811, titre IX; tandis qu'au contraire, les contraventions de petite voirie appartiennent aux tribunaux de simple police, comme nous le prouve l'article 479, n° 11 du Code pénal. Toutefois nous devons ajouter que, même en matière de petite voirie, une certaine compétence dont les limites ont été difficiles à établir, a été accordée au conseil de préfecture relativement aux plantations sur les chemins vicinaux (article 8, L. 9 ventôse an XIII). A cet égard la jurisprudence du conseil et celle de la Cour de cassation se sont prononcées en des sens divers; la Cour de cassation prétendant que cet art. 8 avait été implicitement aboli par les lois de 1824 et de 1836 et principalement par l'art. 479 du Code pénal.

A l'intérêt qui s'attache à la diversité des compétences nous devons ajouter la différence des pénalités. En cas de contravention de petite voirie, l'amende est très légère et ne peut dépasser 15 francs, comme nous l'indique l'art. 479 du Code pénal. Il en est autrement des peines encourues pour contraventions commises en matière de grande voirie : les amendes sont ici de deux sortes, tantôt fixes et d'un taux très élevé, et souvent arbitraires, comme nous le prouve l'art. 29 de la loi des 19-22 juillet 1791. Hâtons-nous de dire que,

malgré ce texte de loi, le Conseil d'Etat a toujours refusé au conseil de préfecture le droit de prononcer des amendes arbitraires ou l'emprisonnement, en se basant sur l'incompatibilité existante entre le texte de la loi de 1791 et les nouveaux principes de droit pénal qui nous régissent actuellement. Le législateur s'est ému de cette situation, et la loi du 23 mars 1843 a modifié les textes primitifs en décidant que les amendes arbitraires prononcées pour contraventions en matière de grande voirie ne dépasseraient pas un maximum de 300 fr. et ne pourraient être inférieures à 16 fr.

Un second intérêt nous apparaîtra bientôt, lorsque nous aborderons l'étude de l'alignement en général et des diverses autorités chargées d'opérer ces alignements.

Nous devons désormais nous appliquer à établir quelles voies de communication il nous faudra faire rentrer dans le domaine de la grande voirie, quelles autres dans celui de la petite voirie.

§ 2. *Des voies de communication faisant partie du domaine de la grande voirie.*

Parmi les voies dépendant de la grande voirie, nous rencontrons les voies de communication du domaine public de l'Etat et celles du domaine public départemental. Nous allons donc rechercher celles qui ren-

trent dans la première catégorie, c'est-à-dire dans le domaine de l'Etat, puis nous énumérerons celles qui font partie du domaine des départements. Nous dirons aussi quelques mots des rues de Paris qui, soumises à un régime spécial résultant des lois et règlements, rentrent également dans le domaine de la grande voirie.

I. DU DOMAINE PUBLIC NATIONAL

Nous le diviserons en trois parties : 1° les routes et chemins entretenus par l'Etat ; 2° le domaine maritime, comprenant les rivages de la mer et des ports. Nous y ferons rentrer le domaine public fluvial, c'est-à-dire les rivières navigables et flottables ; 3° le domaine militaire, comprenant les remparts, murs, fortifications des villes entretenues pour présider à la défense générale du territoire. Nous devons toutefois relever deux erreurs, dont l'une se rencontre dans l'art. 5 de la loi de 1790, qui range à tort dans le domaine privé de l'Etat les places, forts et murs, sans distinguer ceux qui sont affectés à la défense et ceux qui sont déclassés. Cette première erreur se trouve d'ailleurs rectifiée dans l'art. 540 du Code civil. La seconde erreur, plus grave encore, se trouve dans l'article 7 de cette même loi.

1° *Routes et chemins à la charge de l'État.* — D'après le décret du 16 décembre 1811 qui est la base de l'orga-

nisation du service des routes, les routes nationales se divisent en trois classes. Aucun texte ne détermine la largeur de ces routes, laquelle est généralement de douze mètres, et les fossés en font partie. Les rues des villes, villages, hameaux, etc., faisant suite à ces routes font, comme elles, partie du domaine public ainsi que cela résulte de la loi des 7-14 octobre 1790.

La première classe comprend les routes qui, partant de Paris aboutissent aux extrémités les plus éloignées du territoire c'est-à-dire aux frontières pour communiquer avec l'étranger. Dans la seconde classe nous rencontrons les chemins qui, partant encore de Paris, vont aboutir à des villes ou à des ports de mer importants. Enfin, la troisième classe comprend les routes qui, sans se diriger vers la capitale, relient entre elles deux villes importantes, chefs-lieux de départements ou d'arrondissements. Cette distinction des routes nationales était très importante sous l'empire de la législation de 1811, surtout en ce qui concernait les chemins formant la troisième classe. Ils devaient en effet être entretenus à frais communs par l'Etat et par les départements. Mais aujourd'hui cet intérêt a en grande partie disparu depuis que ces chemins sont rentrés les uns dans le domaine public de l'Etat, les autres dans le domaine public des départements.

Nous devons aussi mentionner les lois du 28 juin 1833 et du 1^{er} avril 1837 réglementant les routes dites stratégiques, lesquelles soumises à un régime spé-

cial, à l'effet de pacifier les provinces de l'ouest, faisaient partie de la grande voirie. Cette réglementation spéciale a été supprimée par le décret du 10 juillet 1862.

2° *Domaine public maritime.* — Il comprend les rivages de la mer et les ports, et si nous l'entendons *lato sensu*, nous y ferons aussi rentrer les rivières navigables et flottables qui font également partie du domaine public de l'Etat (art. 538) ; quant à la mer, elle reste forcément du domaine commun, c'est-à-dire du domaine dont chacun peut user *ut singuli*, puisqu'elle n'est pas susceptible d'appropriation privée et en outre la destination seule de la mer qui est de relier entre elles les puissances maritimes, lui permettrait d'échapper à l'appropriation d'une puissance quelconque. Et cependant malgré l'évidence de ce principe l'histoire nous montre parfois certains peuples voulant s'arroger l'empire des mers. Sans remonter aux Romains et aux Carthaginois, sans parler de la lutte qui finit victorieusement à la gloire de Grotius, nous avons vu dans les temps modernes, la Russie voulant s'emparer exclusivement de la mer Noire : Cette prétention fut d'ailleurs réduite à néant par le traité de 1856 qui mit fin à la guerre de Crimée et qui proclama la liberté de cette mer. Toutefois, les nations ont toujours le droit, par des traités passés entre leurs gouvernements respectifs, de régler le mode de pêche sur leurs côtes. C'est ainsi qu'un traité intervenu entre la France et l'Angleterre, a consacré la pêche exclusive en faveur de chacune de ces nations,

à trois milles de leurs côtes. En outre, le droit des gens autorise les nations maritimes à prendre les mesures nécessaires pour assurer la défense de leurs côtes, en reconnaissant à toute nation voisine de la mer, un certain droit de juridiction et de domination sur la mer dite territoriale. Cette dernière tend à s'étendre de plus en plus, à mesure que les canons ont une plus longue portée, puisque c'est à celle-ci que l'on s'en rapporte pour fixer la limite entre la mer libre et la mer territoriale.

Quant aux rivages de la mer, l'art. 1^{er} du tit. VII de l'ordonnance de 1681, toujours en vigueur aujourd'hui d'après la jurisprudence, nous en donne la définition suivante : « Est réputé bords et rivages de la mer, tout ce qu'elle couvre et découvre à l'époque des nouvelles et pleines lunes, et jusqu'où le plus grand flot de mars peut s'étendre sur les grèves. » Nous verrons en étudiant la délimitation de ces rivages, ce que nous devons entendre par ce mot « grève . »

Enfin le domaine public fluvial comprend les rivières navigables et flottables ainsi que les bras formés par ces mêmes rivières, encore que ces bras eux-mêmes ne soient pas accessibles à la navigation, pourvu toutefois qu'ils prennent naissance au-dessous de la ligne transversale qui sépare le fleuve navigable, de la partie fluviale considérée comme impropre à la navigation. Enfin les ports et les rades font aussi partie de la grande voirie.

3° *Le domaine militaire.* — Nous renverrons à l'article 13 de la loi du 3 juillet 1791, qui donne la nomenclature des biens composant le domaine militaire, et nous le compléterons par l'art. 22 de la loi du 18 août 1853 qui a étendu les zones des fortifications. Nous étudierons spécialement les zones militaires, en parlant de la délimitation de ce domaine d'avec les propriétés riveraines.

II. DOMAINE PUBLIC DÉPARTEMENTAL

Les routes départementales sont les grandes voies de communication qui servent à relier entre elles les villes principales des départements ou arrondissements, et même les départements entre eux sans être principalement dirigées vers Paris. On voit par cette définition quelle peut être leur importance. La statistique nous révèle qu'en 1813 elles étaient au nombre de 1,165, mesurant une longueur de 32,000 kilomètres. En 1870 on en comptait 1,749, ayant 47,651 kilomètres. 1,000 kilomètres environ nous ont été enlevés par l'Allemagne en 1871. Enfin, en 1879, leur nombre a diminué et nous ne trouvons plus que 38,539 kilomètres de routes départementales. Nous verrons, en étudiant la voirie vicinale, que cette diminution provient de ce que plusieurs Conseils généraux ont supprimé purement et simplement la voirie départementale et l'ont convertie en chemins vicinaux.

On distingue deux sortes de routes départementales : ce sont d'abord les routes construites avec les ressources mêmes du département. Nous devons y joindre certaines routes nationales de troisième classe, qui, en 1811, furent mises exclusivement à la charge des départements.

Mais depuis quelle époque existent ces routes départementales ?

Elles furent créées par le décret inconstitutionnel du 16 décembre 1811, par lequel le gouvernement voulait dégrever le budget de l'État. Or, ce décret est encore en vigueur, puisque la jurisprudence valide tous les décrets inconstitutionnels qui n'ont pas été annulés avant 1814.

Des controverses s'étaient cependant élevées sur la question de savoir à qui appartenait le sol des routes départementales. Cette question présentait de l'intérêt en cas de déclassement de ces routes. Il appartenait à la loi du 10 août 1871 (art. 59) de trancher cette controverse, en décidant que : toute route départementale appartenait aux départements qui, par conséquent, avaient acquis la propriété des routes nationales mises à leur charge par le décret de 1811.

Nous devons ajouter à cette énumération des routes départementales les chemins de fer d'intérêt local, lesquels ne datent que de 1865. Le caractère de ces chemins de fer ne résulte d'ailleurs ni du concours pécuniaire des départements ou communes, ni de la

longueur du réseau, mais bien de sa destination et de sa situation, comme l'a parfaitement indiqué au Sénat le rapporteur de la loi du 12 juin 1880 qui a abrogé la législation de juillet 1865.

Enfin, nous citerons aussi les ponts qui, contrairement aux bacs départementaux, font partie, comme les routes dont ils sont le prolongement, du domaine de la grande voirie, d'où cette conséquence que les dommages causés à un bac ne formant pas une convention de grande voirie, ne seront pas de la compétence du conseil de préfecture (arrêt Cons. d'Etat, 15 mai 1874), mais bien de celle du ministre.

§ 3. *Des voies de communication faisant partie de la petite voirie.*

Ces voies de communication portent le nom générique de chemins vicinaux. « On entend par là, dit M. Proudhon, les chemins de communication publique établis entre les bourgs ou villages principaux ou entre les paroisses, pour faciliter dans les campagnes la fréquentation des foires et marchés ainsi que l'accès des grandes routes. »

Quand un chemin public établit une communication, sinon indispensable, tout au moins d'une utilité incontestable, et par conséquent exigeant une surveillance

active, on en déclare la vicinalité. La qualité de chemin public reste telle qu'elle était primitivement, mais la déclaration de vicinalité a simplement pour effet de rendre obligatoire pour la commune l'entretien de cette route. La loi fondamentale en la matière est celle du 21 mai 1836, qui a créé une catégorie spéciale de chemins vicinaux, à savoir : les chemins vicinaux de grande communication. Cette loi divise les chemins en trois classes : 1° les chemins vicinaux ordinaires qui ne servent qu'aux habitants d'une même commune ; 2° les chemins vicinaux servant à plusieurs communes et les reliant entre elles : ce sont les chemins dits d'intérêt commun ; 3° enfin, les chemins qui desservent un grand nombre de communes et auxquels leur importance, plus grande que celles des deux premiers, a fait donner le nom de chemins vicinaux de grande communication. La distinction entre ces trois catégories de routes et principalement celle entre les chemins vicinaux ordinaires et les chemins de grande communication présente un très grand intérêt au point de vue du classement de ces routes et de l'alignement, relativement aux autorités chargées d'opérer ce classement ou de délivrer cet alignement.

Nous ne devons cependant pas séparer complètement la voirie départementale et la voirie vicinale, cette dernière rentrant complètement dans le service départemental. De là une troisième différence entre les chemins vicinaux, différence relative aux dépenses d'en-

tretien. En effet, lorsqu'il s'agit de chemins vicinaux de grande communication, il est loisible au conseil général de voter une subvention qui sera appliquée aux travaux tant ordinaires qu'extraordinaires que pourraient exiger ces chemins. Il en est tout différemment quand il s'agit des deux autres catégories : le conseil général ne peut en effet affecter les subventions par lui votées qu'aux travaux extraordinaires à exécuter sur ces routes : s'il s'agit, par exemple, d'un pont à construire (art. 8, loi 21 mai 1836). Nous n'avons pas d'ailleurs à nous occuper de quelle façon ni par quelle autorité ces subventions accordées par le conseil général seront réparties entre les diverses communes intéressées.

La petite voirie ne comprend pas seulement les chemins vicinaux. Elle se divise, en effet, en deux parties : la voirie rurale et la voirie urbaine.

La voirie rurale comprend, outre les chemins vicinaux que nous avons étudiés, des chemins ruraux, c'est-à-dire des chemins qui n'ont pas été l'objet d'un classement parmi les chemins vicinaux. Quoiqu'on admette généralement que ces chemins soient prescriptibles, partant ne rentrent pas dans le domaine public et que l'on ait cru trouver dans l'art. 10 de la loi du 21 mai 1836, un argument *a contrario* que l'on considère comme irrésistible, ainsi qu'un arrêt de cassation du 18 février 1869 (un arrêt plus récent de la chambre des requêtes, daté du 6 janvier 1873 s'est aussi

prononcé dans le même sens), nous croyons devoir admettre cependant l'opinion contraire, en nous appuyant sur deux raisons : d'abord l'art. 479 du Code pénal ne fait aucune distinction pour prononcer des peines de simple police contre ceux qui ont dégradé les chemins *publics*; et ensuite la seconde raison, contre laquelle aucun argument *a contrario*, si puissant qu'il puisse être, ne peut à notre avis prévaloir, se rencontre dans l'art. 1^{er} de la loi du 28 juillet 1824, qui nous dit qu'un simple arrêté préfectoral suffit pour mettre les routes rurales au nombre des chemins vicinaux. Or, si elles étaient chemins privés, il serait, ce nous semble, nécessaire de recourir à la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Ajoutons que depuis une loi récente en date du 20 août 1881 (art. 6) les chemins ruraux peuvent avoir été l'objet d'un arrêté de reconnaissance de la part de l'administration comme les autres voies de communication communale. Avant cette loi, les seules infractions réprimées sur ces chemins étaient relatives aux usurpations et détériorations commises sur les chemins publics, dans les cas prévus par notre article 479, n° 11 du Code pénal. L'art. 8 de la nouvelle loi confère aux préfets le droit de définir la contravention dans le règlement qui est imposé à ces chemins ainsi reconnus, et les dispositions de ce règlement se trouveront sanctionnées par l'art. 471 du Code pénal.

Quant à la voirie urbaine, elle comprend les voies

de communication intérieures des villes, bourgs et villages, c'est-à-dire les rues et places, lesquelles sont à la charge des communes, tant en ce qui concerne l'acquisition des terrains qu'en ce qui touche à leur entretien. D'ailleurs, les rues et places qui font suite aux grandes routes sont soumises au régime de ces routes. Un avis du Conseil d'Etat, émis en janvier 1857, admettait que « les rues qui étaient la prolongation des chemins vicinaux de grande communication, dans la traverse des communes, devaient être considérés comme faisant partie intégrante desdits chemins et être soumises aux règles qui leur étaient applicables. » Ces rues et places bénéficieront donc, dans ce cas, des subventions que les conseils généraux accordent aux chemins dont elles ne sont que le prolongement.

CHAPITRE II

DE L'ALIGNEMENT EN GÉNÉRAL

L'alignement, pris dans son sens propre, n'est pas autre chose que l'indication, à l'égard des propriétés qui bordent une route, de la ligne séparative du sol affecté à la circulation, sol qui, par sa destination même, fait partie du domaine public.

Si nous l'envisageons dans ses effets, nous voyons qu'il consiste non seulement à présider à la conservation des routes en général, mais encore à leur redressement et à leur élargissement. Nous pouvons donc dire, dès maintenant, que l'alignement est purement et simplement une servitude légale à laquelle sont soumis tous les héritages bordant une route et tous les propriétaires qui veulent construire au « long et joignant des routes, » comme nous le montrent déjà sous l'ancien régime l'édit de 1607 et quelques règlements postérieurs, parmi lesquels nous citerons notamment l'arrêt du Conseil du 29 février 1765. Ces textes, qui sont encore en vigueur aujourd'hui, mettent tout riverain qui voudrait bâtir, dans l'obligation de demander l'alignement : « Le grand voyer (le préfet aujourd'hui) « sera chargé de pourvoir à ce que les rues s'embellissent et élargissent au mieux que faire se pourra,

« et de redresser les murs où il y a ply ou coude. » C'est pour assurer l'exécution de ces ordres, que l'arrêt du Conseil a déclaré que toutes les routes devaient avoir des plans généraux d'alignement fixés et déterminés par des plans qui auraient été postérieurement rectifiés par l'administration.

Ces alignements ont surtout pour but d'éviter les anticipations qui pourraient être commises par les riverains : de là la défense faite à tout propriétaire riverain d'une route, de faire une construction quelconque sans avoir préalablement obtenu l'alignement, c'est-à-dire sans avoir fait reconnaître l'état des lieux et déterminé la direction suivant laquelle il doit établir cette construction qu'il veut édifier. C'est là, d'ailleurs une obligation à laquelle aucun propriétaire ne peut échapper. Ainsi, même en supposant qu'il connût l'alignement et qu'en outre il s'y fut conformé, il est cependant coupable de n'avoir pas satisfait aux ordres de la loi, qui lui prescrivait de le demander, et s'étant mis en faute, il sera punissable.

Notons que l'alignement n'est exigé que de celui-là seul qui, suivant l'arrêt de 1765, veut construire « au long et joignant des routes. » Mais si ce propriétaire voulait, au contraire, construire en arrière sur ce terrain, en laissant une partie de sa propriété privée entre sa construction et la route, il ne serait passible d'aucune peine. Mais dans ce dernier cas, la jurisprudence du Conseil d'Etat est que : le propriétaire sera

tenu de se clore dans les limites de l'alignement pour faire disparaître les angles et enfoncements ; c'est qu'autrement, il aurait pu y avoir là un danger pour la sécurité publique (arrêt, C. d'Etat, 4 février 1824). Mais l'alignement, avons-nous dit, a pour objet, non seulement d'éviter les anticipations qui pourraient être commises sur les routes, mais aussi de veiller à leur redressement et à leur élargissement : de là la servitude, dite de reculement, à l'égard de la propriété bâtie, et la servitude de retranchement à l'endroit de la propriété non bâtie : le retranchement peut en être fait immédiatement.

Quant aux peines qui peuvent être prononcées contre les contrevenants à ces dispositions légales, nous les rencontrons dans la loi du 22 juillet 1791, laquelle a confirmé tous les anciens règlements concernant la voirie. Nous y trouvons entre autres les peines édictées par l'arrêt du Conseil de 1765, que nous avons précédemment cité : « Fait, Sa Majesté, défense à tous particuliers, propriétaires ou autres, de construire, reconstruire ou réparer aucun édifice, poser échoppes ou choses saillantes le long desdites routes, sans en avoir obtenu les alignements ou permissions desdits (grands voyers), à peine de démolition desdits ouvrages, confiscation des matériaux et trois cents livres d'amende ; et contre les maçons, charpentiers et ouvriers, de pareille amende, et même de plus grande peine en cas de récidive. »

Toutefois nous devons ajouter que de nos jours il faut distinguer s'il y a réellement eu anticipation sur la voie publique, ou si le propriétaire a rebâti sur les anciens fondements de sa construction primitive, qui était soumise au reculement. Dans ces deux cas, la peine tout entière sera encourue par le constructeur : amende, confiscation et démolition. Que si, au contraire, la construction a été faite conformément au plan de l'alignement qui aurait été délivré si le propriétaire l'avait demandé, une seule peine serait alors prononcée : l'amende. La raison de cette différence vient de ce que, aujourd'hui, les garanties qui s'attachent à la propriété privée ne permettraient pas d'obliger à démolir ce que, aussitôt après, on autoriserait à rebâtir.

Ce droit de forcer un propriétaire à la servitude de reculement, c'est-à-dire à l'obligation de subir le retranchement d'une partie de sa propriété, constitue, pour ce propriétaire, défense de reconforter les constructions limitrophes de la voie à élargir, et obligation de délaisser sa propriété à une époque plus ou moins lointaine. Nous pouvons voir dès maintenant combien grave est cette servitude qui pèse sur la propriété privée, servitude qui semble au premier abord être équivalente à l'expropriation, au point que l'on a cru pouvoir dire que l'alignement n'était en fait qu'une véritable expropriation. Cependant ces deux sortes de délaissement forcé exigés d'un propriétaire sont loin

d'être identiques, et il importe d'établir ici les différences essentielles qui existent entre l'alignement, d'une part, et l'expropriation pour cause d'utilité publique, d'autre part. Et d'abord il n'est pas toujours vrai, nous l'avons vu plus haut, que l'alignement ait pour conséquence une dépossession, un retranchement ou un démembrement de la propriété privée; par exemple, s'il s'agit d'anticipations commises sur la voie publique. Mais alors même que ce démembrement existe, comme dans la servitude de reculement, il ne se fait qu'à des conditions qui font de l'alignement une mesure toute spéciale tendant uniquement au redressement ou à l'élargissement des routes. L'intérêt qui existe à établir une différence entre l'alignement et l'expropriation se manifeste à nous dans la solution à donner à une question générale, laquelle peut ainsi se poser, à savoir : si l'établissement d'une servitude d'utilité publique constitue une expropriation (art. 649 et 650 C. civ.), comme la servitude de reculement, par exemple. La jurisprudence a toujours répondu négativement à cette question, bien qu'elle soit encore aujourd'hui dans la doctrine l'objet de vives controverses, et n'accorde en principe aucune indemnité au propriétaire qui la subit : car c'est là, dit-elle, une servitude purement légale soumise à l'art. 544 du Code civil. Il y a cependant des exceptions à cette décision, mais elles n'existent qu'en vertu et par application d'un texte de loi formel.

Parmi ces exceptions, nous citerons notamment la servitude de halage sur les rivières navigables et flottables (décret du 22 janvier 1808). Nous devons dire cependant que pour rendre moins onéreuse cette servitude qui pèse sur la propriété privée, le Conseil d'Etat lui a toujours accordé la plus grande et la plus franche latitude à cet égard.

Il nous faut déterminer avant tout à quels travaux nous devons appliquer la nécessité de l'alignement ou de la demande d'autorisation exigés pour construire ou reconstruire, toute construction ou reconstruction exigeant une permission de l'autorité administrative pour pouvoir être édiflée. Un point certain, c'est que cette demande doit être faite pour n'importe quelle construction; mais elle ne serait pas nécessaire s'il ne s'agissait simplement que de badigeonner la maison, sujette au reculement (arrêt C. d'Etat, 26 juillet 1854, affaire Dumaine), ni si le propriétaire ne voulait que percer des croisées nouvelles dans son habitation; c'est que ces travaux loin d'être réconfortatifs de l'immeuble, tendent au contraire à en diminuer de plus en plus la solidité. En outre l'autorisation doit aussi être accordée à l'égard de tous batiments soumis à la servitude de reculement, toutes les fois qu'il ne s'agit pas de travaux réconfortatifs qui auraient pour but d'empêcher la maison ou le bâtiment de s'éteindre naturellement par vétusté. La circulaire du Ministre de l'intérieur, du 13 février 1806, avait pour but d'établir ou mieux de

constater cette doctrine qui fut d'ailleurs toujours admise dans la pratique par l'autorité administrative. Considéré en lui-même, l'alignement doit être donné par écrit ; et il comprend en outre, depuis le décret du 26 mars 1852, le nivellement des rues de Paris, ainsi que toutes les villes auxquelles ce décret s'est trouvé être étendu.

Nous avons dit que le propriétaire qui voulait construire à la limite d'une voie publique devait préalablement, sous peine de répression sévère, demander l'alignement. Mais afin de se diriger dans la délivrance des arrêtés partiels d'alignement à donner selon une vue d'ensemble nécessaire pour arriver à obtenir la régularité de la voie, qui est le but principal que se propose d'atteindre l'alignement, l'administration a dû dresser à cet égard des plans généraux, actes collectifs et émanant de sa propre initiative, lesquels établissent la limite extrême présente ou future du domaine public sur toute la longueur des voies publiques. Jusqu'en 1862, le Conseil d'Etat avait admis que les autorités compétentes, pour délivrer des alignements individuels ou partiels, pouvaient également englober la propriété riveraine, et cela même en l'absence de plan général régulièrement établi.

Cette décision prenait sa source dans l'édit de 1607, que nous avons précédemment cité et qui accordait tous droits au grand voyer, sur le point qui nous occupe. Ce n'est qu'en 1862 qu'un décret rendu au con-

tentieux (décret, 5 avril 1862, affaire Le Brun) a inauguré une jurisprudence toute nouvelle. Cet arrêt qui, d'ailleurs, ne touchait qu'à la voirie urbaine, devait être plus tard étendu successivement à la grande voirie d'abord et ensuite à la voirie vicinale (décret, 31 mars 1865, affaire Poncelet).

Dès l'an VI, l'administration entreprit d'établir, d'une manière absolument générale, des plans généraux d'alignement des routes pour lesquelles ils semblaient être les plus nécessaires, à savoir : la voirie urbaine ou traverses des villes, bourgs et villages. Dressés par les soins de l'autorité administrative, ces plans, remarquons-le, ne forment qu'un simple avertissement, qui ne préjuge en rien la question de propriété, et cependant ils peuvent avoir dans un temps plus ou moins éloigné, comme conséquence pratique, de priver les riverains de tout ou partie de leurs héritages, ou de laisser un espace libre entre la propriété privée et la voie publique. De là il résulte que les propriétaires limitrophes de la voie ont un intérêt immense à ce que ces plans ne soient pas dressés à la légère. Sur ce point, la législation de 1807 n'accordait aux riverains aucun moyen de se prémunir contre les actes de l'autorité administrative, ni d'influer sur les décisions émanant de cette autorité. Ce défaut de garantie existait également en ce qui touchait à la dépossession survenant pour cause d'expropriation publique. Mais depuis cette époque (1807) les individus

qui se trouvaient avoir des propriétés le long d'une voie publique, ont pu profiter de toutes les garanties dont on a gratifié l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ainsi, par exemple, aujourd'hui quand il s'agit de confectionner des plans généraux d'alignement, l'administration est tenue de se conformer aux dispositions des art. 6 et 10 de la loi du 3 mai 1841, et ce n'est qu'après l'enquête prescrite par ces deux articles que l'on retombe sous l'empire de la législation de 1807. Disons cependant que l'enquête prévue et ordonnée par ces art. 6 et 10 de la loi de 1841 ne devait pas être prise en considération s'il s'agissait de plans qui seraient relatifs à la voirie vicinale, comme nous l'indique l'art. 12 de la même loi : Le maire, en effet, après avoir reçu les réclamations des propriétaires intéressés, doit, dans tous les cas, provoquer une délibération du conseil municipal (art. 19-7°, L. 18 juillet 1837), et adresser au préfet le plan ainsi délibéré par son conseil (art. 52, L. 1807). Ajoutons que l'avis du conseil municipal est toujours nécessaire quant aux projets d'alignements de grande voirie, lorsqu'il s'agit des travaux dans les villes, bourgs et villages, traverses qui ne sont que le prolongement des routes nationales ou départementales, c'est-à-dire des routes faisant partie du domaine de la grande voirie.

Les plans sont publiés dans les communes à son de trompe ou de tambour, et par voies d'affiches, et un avertissement est inséré dans l'un quelconque des

journaux imprimés aux chefs-lieux d'arrondissement ou de département, comme nous l'indique l'art. 6 de la loi du 3 mai 1841. Ces publications sont ensuite certifiées par le maire, lequel mentionne sur un procès-verbal ouvert à cet effet les diverses réclamations pouvant émaner des propriétaires intéressés (art. 7, loi 3 mai 1841); de là, comme nous l'avons dit, les pièces passent entre les mains du sous-préfet lequel est chargé de les expédier à la préfecture.

Mais si le plan général une fois adopté et arrêté, il n'est pas permis au fonctionnaire chargé de délivrer l'alignement partiel aux propriétaires qui le réclament, d'y apporter la moindre dérogation, rien n'empêche cependant l'autorité administrative de revenir sur ce premier plan général pour en adopter un autre qui peut être tout différent. C'est ce qui résulterait au besoin de l'avis suivant du Conseil d'État du 7 août 1839 dont la teneur est : « que le plan des alignements des villes, conformément aux dispositions de l'art. 52 de la loi du 16 septembre 1807 peut toujours être modifié, lorsque l'intérêt public l'exige et après l'accomplissement des formalités exigées par ledit article : que l'effet de la modification du plan est de soumettre, comme le plan primitif, les propriétés comprises dans l'alignement aux servitudes des voiries. » Mais la jurisprudence a pensé que, dans certains cas, le préjudice aussi grand qu'injuste et immérité porté par le changement du plan primitif à des propriétaires qui ont construit

sur la foi d'un acte administratif, méritait parfois une juste réparation. Alors, pour déterminer les cas où les intérêts lésés devaient être élevés à la hauteur d'un droit, par analogie avec la règle qui, en matière d'opérations réconfortatives d'un immeuble frappé de reculement, fait dépendre le sort de la maison du rez-de-chaussée faisant face à la route, elle a fait la distinction suivante : ou bien la maison construite conformément au plan primitif, s'élevait au-dessus du rez-de-chaussée au moment même de la publication du plan nouveau modificatif, ou bien la construction n'avait pas encore atteint un pareil niveau. Dans le premier cas seulement une indemnité sera accordée aux propriétaires.

Mais comment seront dressés ces plans généraux d'alignement ?

L'arrêt du Conseil de 1765, déjà cité, indiquait que les plans généraux seraient arrêtés par le souverain. La loi du 16 septembre 1807, qui ne vise que la voirie urbaine, la plus importante d'ailleurs sous le rapport du recressement et de l'élargissement des rues, partant quant à l'alignement, porte que les alignements partiels devront être délivrés en conformité, avec des plans qui, dressés par les préfets, auraient été homologués et arrêtés en Conseil d'État. Cette mesure s'est généralisée et se trouve, de nos jours, être applicable à toutes les communes. Diverses circulaires émanant du Ministre des travaux publics et du Directeur général des ponts et chaussées, ont établi les différentes for-

malités à remplir et la voie à suivre pour dresser ces plans généraux, au moins en ce qui concerne la grande voirie.

La nécessité de l'homologation de ces plans par le Conseil d'État n'est pas cependant explicitement exigée par la loi de 1807, mais on peut admettre qu'elle la suppose implicitement, puisque l'art. 52 de cette loi ne fait que reproduire les dispositions de l'arrêt du Conseil de 1765 en ce qui touche la voirie urbaine. Cette discussion ne saurait être d'ailleurs que purement théorique depuis la circulaire du Directeur général des ponts et chaussées du 22 juin 1809, circulaire qui a fixé la pratique, qui n'a pas dévié depuis cette époque. Les termes de cette circulaire ne peuvent être douteux : « Dans plusieurs villes, dit-elle, il n'y a pas de plans arrêtés pour les alignements, et le système, même pour les traverses, varie avec les ingénieurs. Ailleurs il y a des plans anciennement adoptés, quelquefois par arrêt du Conseil, mais qui ont été ignorés ou méconnus, et auxquels des constructions postérieurement autorisées nécessitent des changements. Désormais les alignements généraux dans les traverses des villes et des faubourgs seront soumis à Sa Majesté en Conseil d'État. »

Les règles suivies sur les points que nous venons d'examiner sont identiques, qu'il s'agisse de routes nationales ou départementales. Pour ces dernières même, quand il s'agissait de plans d'alignement pro-

jetés, les conseils généraux n'avaient pas voix consultative. La question s'est posée de savoir depuis la loi du 10 août 1871, laquelle a considérablement augmenté les attributions et pouvoirs des conseils généraux, si ces conseils ne pouvaient pas prendre une délibération exécutoire par elle-même, sur les projets d'alignement des traverses des routes départementales ? Le Conseil d'État, dans un avis en date du 15 juillet 1875, a décidé que l'expropriation n'appartenant pas au conseil général, à plus forte raison il ne pouvait pas arrêter le plan général d'alignement de la route. On a donc décidé que ce plan arrêté par les ingénieurs serait pour les routes départementales, comme pour les routes nationales homologué par décret. Mais nous devons ajouter que ce même avis de 1875 ajoute : « qu'il convient d'avoir l'avis du conseil général. » C'est dire que cet avis n'est même pas nécessaire.

Les plans généraux régulièrement adoptés ne sont susceptibles d'être attaqués que par la voie extraordinaire : pour excès de pouvoir ou pour violation des formalités exigées par la loi ; c'est qu'en effet le plan général ne lèse actuellement aucun des intéressés, lesquels, en vertu de la règle que là où il n'y a pas d'intérêt il n'y a pas d'action, ne pourront pas par conséquent attaquer le décret.

Mais nous avons supposé jusqu'à ce moment qu'il existait des plans généraux d'alignement sur lesquels l'autorité administrative devait se baser pour atteindre

le but proposé. Or, il a fallu beaucoup de temps pour arriver à l'approbation de ces plans et la question de savoir comment il faudrait procéder en l'absence de plan général, est une question qui n'est rien moins que fort délicate et la jurisprudence elle-même n'a pas laissé que d'être très indécise sur la solution à donner à cette importante question. Mais comme elle touche de très près à la compétence, nous en renverrons l'examen au chapitre III de cette thèse, chapitre dans lequel nous aurons à rechercher quelles autorités sont compétentes pour accorder les permissions et délivrer les alignements.

Avant d'abandonner le sujet des routes nationales et départementales, nous devons dire un mot des plantations établies ou à établir sur ces routes. Elles se trouvent régies par la loi du 9 ventôse an XIII qui disait que tout riverain, lorsqu'il en est requis, doit planter sur la route, et *vice versa*, ne peut planter sur la dite route à moins de six mètres, sans avoir obtenu l'autorisation de l'autorité administrative. Le décret du 16 décembre 1811 vint modifier cette législation en décidant que les particuliers ne planteraient plus sur les routes, mais qu'ils pourraient être soumis à l'obligation de planter sur leur propriété à la distance d'un mètre de la voie publique. L'art. 88 de ce décret porte, en effet, que « toutes les routes impériales (nationales aujourd'hui) non plantées et qui sont susceptibles de l'être sans inconvénient, seront plantées par les rive-

rain ou communes propriétaires limitrophes de ces routes dans la traversée de leurs propriétés respectives, à la distance d'au moins un mètre du bord extérieur du fossé du grand chemin et sur la ligne qui sera déterminée par l'administration. » Notons qu'aux termes d'une circulaire ministérielle du 9 août 1850, les riverains ne subissent cette servitude de planter qu'autant que l'État ne planterait pas lui-même. Le préfet d'ailleurs est libre de déterminer l'espèce d'arbres qu'il désire mais non pas la distance qui doit exister entre les arbres, cette distance étant, en effet, déterminée par d'anciens règlements. Avant la législation de l'an XIII, il y eut beaucoup de règlements locaux relatifs aux plantations et de nombreuses contestations furent soulevées sur la question de savoir à qui attribuer la propriété des arbres. Sur ce point le décret de 1811 s'exprimait en ces termes : « Les arbres qui se trouvent sur la propriété d'un riverain lui appartiennent ; ceux qui sont sur la route appartiennent à l'État, à moins qu'ils n'aient été plantés depuis la loi du 9 ventôse an XIII par ledit riverain. » Toutefois, malgré ce texte, les riverains ont toujours conservé le droit de faire la preuve que les plantations antérieures à l'an XIII étaient leur propriété. Une loi du 12 mai 1825 a d'ailleurs voulu éviter sur ce point toutes les difficultés qui pouvaient se présenter et a décidé que les arbres plantés sur les routes appartiendraient aux riverains qui justifieraient d'une propriété légitime en se

basant sur l'exécution des anciens règlements. En sorte que le droit de l'État sur ces arbres se réduit à une simple présomption de propriété qui peut tomber devant la preuve contraire.

Dans la catégorie des voies rentrant dans la grande voirie, nous devons mentionner les chemins de fer construits par l'État ou par des compagnies concessionnaires, comme nous le prouve l'art. 1^{er} de la loi du 15 juillet 1845, qui est ainsi conçu : « Les chemins de fer construits ou concédés par l'État font partie de la grande voirie. » Aussi, bien que la concession et l'exploitation soient, en général, accordées à des compagnies, celles-ci ne sont pas et ne peuvent pas être propriétaires de la voie ; elles n'ont donc pas à acquitter la taxe qui pèse sur les biens dits de mainmorte. C'est aussi comme conséquence de cette idée qu'un avis du Conseil d'État du 7 novembre 1874, repoussa le projet d'hypothèque sur les voies ferrées. Toutefois, dans les art. 2 et 3 de la loi, on a limité l'étendue de l'art. 1^{er} en décidant que le régime de la grande voirie ne devait pas être appliqué en totalité aux chemins de fer, notamment en ce qui concerne les servitudes. Par exemple : les propriétaires voisins des chemins de fer ne seront pas tenus d'opérer des plantations à la limite de la voie : ceci résulte de l'art. 3 de la loi (argument *a contrario*). Mais, par contre, certaines servitudes spéciales frappent les riverains des voies ferrées, servitudes que nous trouvons mention-

nées dans les art. 5 et suiv. de la loi de 1845. Une servitude très importante est relative aux constructions qui ne peuvent être édifiées qu'à une certaine distance de la voie (à deux mètres du chemin de fer). Il est facile de reconnaître ici que le motif de la servitude touche à la sécurité publique. La sanction consistera dans une amende et dans la démolition de l'édifice construit après l'établissement du chemin de fer, lesquelles seront prononcées par le conseil de préfecture. Mais il y aurait lieu, au contraire, à indemnité si la construction existait déjà préalablement à cet établissement.

Nous avons déjà fait pressentir que les rues de Paris faisaient partie du domaine de la grande voirie, et que cette disposition venait des lois et règlements, ainsi que du décret du 26 mars 1852 lequel, dans son art. 1^{er}, déclare que « les rues de Paris continueront à former le domaine de la grande voirie. » Ce décret de 1852 a, d'ailleurs, été étendu à d'autres grandes villes.

Toutes les rues à Paris font partie de la grande voirie, en ce sens que c'est le conseil de préfecture qui sera compétent pour connaître des contraventions commises et aussi pour fixer l'autorité qui sera compétente pour délivrer l'alignement. A Paris, toutes les rues sont soumises au même régime et l'on ne doit considérer que la nature des infractions. Un arrêté du 12 messidor an VIII chargeait le préfet de police comme agent préposé à la petite voirie « de permettre

ou défendre l'établissement des auvents ou constructions du même genre qui prennent sur la voie publique, l'établissement des échoppes ou étalages mobiles et d'ordonner la démolition ou réparation des bâtiments menaçant ruine. » Ce décret doit nous servir pour indiquer la ligne de démarcation à établir dans la capitale entre la grande et la petite voirie. Nous devons ajouter qu'un décret du 27 octobre 1808 est venu compléter cet arrêté de messidor en établissant pour les droits de voirie deux tarifs bien distincts par lesquels il nous est permis de connaître la nomenclature des objets qui doivent être rattachés à la grande voirie, d'une part, à la petite voirie d'autre part.

2° *Domaine public maritime.* — Nous avons déjà dit que ce domaine comprenait, outre les rivages de la mer et les ports, les rivières navigables et flottables. Mais d'abord que devons-nous entendre par ces mots « rivages de la mer? »

Il serait assurément bien difficile de répondre à cette question si l'art. 1^{er}, tit. VII, de l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681, encore en vigueur aujourd'hui d'après la jurisprudence, n'avait pas cru devoir les définir. Nous verrons dans un instant, lorsque nous aborderons la délimitation de ce domaine maritime, ce qu'il faut entendre par cette définition : « est réputé bord et rivage de la mer, tout ce qu'elle couvre et découvre à l'époque des nouvelles et pleines lunes et jusqu'où le plus grand flot de mars peut s'étendre sur

les grèves, » nous posant en outre la question de savoir si le mot « grève » doit comprendre seulement le terrain de sable ou de gravier qui borde la mer, ou bien si ce mot doit embrasser une signification plus étendue.

Toutes ces questions n'ont pas laissé et ne laissent pas encore que de soulever de graves dissidences entre la doctrine et la jurisprudence, et l'on ne peut même affirmer que sur ce point ou sur quelques-uns de ces points, la jurisprudence du Conseil d'Etat soit encore bien assise. L'étude des divers arrêts émanant de ce Conseil supérieur nous permettra, après avoir recherché les raisons d'être de leurs décisions, d'examiner au point de vue théorique et pratique cette question aussi importante que délicate, que nous allons essayer de résoudre immédiatement.

La question de délimitation présente, au point de vue du domaine maritime, un double aspect. Le premier consiste à envisager la délimitation latérale, le second la délimitation transversale du domaine public maritime. Nous allons nous en occuper successivement.

I. DÉLIMITATION LATÉRALE DU DOMAINE PUBLIC MARITIME

Une première question s'impose tout d'abord à nous, et nous devons nous demander l'intérêt qui domine la

question de savoir si les propriétés privées des riverains sont voisines d'un fleuve, et se trouvent, par conséquent, en amont de la ligne de démarcation fixant les limites du fleuve et de la mer, c'est-à-dire de la ligne fixant la limite entre le domaine maritime proprement dit et le domaine public fluvial, ou bien si ces propriétés touchent au domaine maritime proprement dit.

L'intérêt de cette distinction se rencontre dans cette idée juridique, qu'au premier cas, ces propriétés, émergeant au-dessus de la ligne qui forme la limite extrême de la mer, formeraient des alluvions fluviales qui seraient dès lors des propriétés privées appartenant comme telles aux riverains, en vertu de l'art. 556 du Code civil, tandis qu'au second cas, au contraire, ces propriétés revêtiraient le caractère de grèves, pourvu toutefois qu'elles réunissent toutes les conditions exigées par l'ordonnance de 1681 (tit. VII, art. 1^{er}) pour former ce domaine. Un second intérêt que nous verrons plus loin, se rencontre dans la compétence.

Nous nous voyons donc amené à rechercher la ligne de démarcation qui doit être établie entre la mer, d'une part, et les propriétés aboutissant comme riveraines au domaine maritime. C'est ce que nous dénommons la délimitation latérale du domaine public maritime. Quant à la question de savoir quelle sera l'autorité compétente pour opérer cette délimita-

tion, nous la réservons pour la fin de notre troisième chapitre.

Le titre VII de l'ordonnance de 1681 sur la marine, définit, comme nous l'avons dit, dans son art. 1^{er}, les rivages de la mer, de la façon suivante : « Sera réputé rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes, et jusqu'où le plus grand flot de mars peut s'étendre sur les grèves. » Nous aurons donc à examiner, dans un instant, ce que nous devons entendre par ce mot « grève. » Mais auparavant, nous devons faire une distinction fondamentale, suivant que l'on se trouve en présence du domaine maritime de la mer Méditerranée ou de celui de l'Océan. Ce n'est, en effet, qu'à ce dernier domaine que se réfère notre ordonnance de 1681, le domaine méditerranéen se trouvant soumis à des règles tout autres, qu'il convient d'examiner brièvement ici pour n'avoir plus à nous occuper ensuite que de l'Océan, qui seul a pu jusqu'ici offrir quelques difficultés.

Le domaine maritime de la Méditerranée n'était pas prévu dans l'ordonnance de 1681, laquelle ne s'occupait que de l'Océan. Mais la législation antérieure à cette ordonnance et les textes du droit romain doivent toujours être considérés comme applicables aux bords de la Méditerranée, en sorte que le domaine de cette mer s'étend, pour employer l'expression romaine elle-même : « Quousque maximus fluctus hibernus exœs-

« tuat, » c'est-à-dire jusqu'où s'étend le plus grand flot d'hiver. A part cette différence essentielle entre les deux domaines, ils se trouvent soumis, par ailleurs, à des règles identiques, tant au point de vue de la délimitation proprement dite qu'au point de vue des autorités chargées d'opérer cette délimitation.

Qu'est ce donc qu'une grève et que comprendre dans ce mot? Sera-ce le terrain couvert de sable et de galets auquel le public accorde le plus généralement ce nom? Ou bien devons-nous entendre ce mot dans un sens plus extensif?

L'ordonnance de 1681 ne s'étant pas suffisamment expliquée sur ce point, a laissé place à deux interprétations fondées sur les termes mêmes de cette ordonnance, d'où l'on a essayé de dégager l'idée de grève : Dans un premier système, l'on a soutenu que ce mot devait être entendu dans le premier sens, c'est-à-dire dans un sens tout restrictif, et l'on s'est appuyé pour soutenir cette interprétation sur la définition même donnée dans l'ordonnance des « bords et rivages de la mer. » En effet, a-t-on dit, ce serait dans la loi un pléonasme ou une redite inutile, si le mot « grève » employé dans le second paragraphe de l'art. 1^{er}, était synonyme de ces mots : « tout ce qu'elle couvre et découvre, etc. » — Mais ce premier système ne devait pas prévaloir. Il ressortait, en effet, de l'ordonnance elle-même, que le second système était seul admissible puisqu'elle emploie, dans certains cas, le mot

« grève » comme synonyme de rivages de la mer. C'est, du reste, dans ce sens extensif que la jurisprudence a toujours entendu le mot « grève. »

Nous allons tout d'abord supposer qu'une délimitation transversale a été opérée et que les terrains privés à délimiter se trouvent être en aval du point où commence le domaine public fluvial; et nous nous demandons en premier lieu :

Qu'entendre par le « plus grand flot de mars, » qui sert de base à la limite entre le domaine de la mer et le domaine de la propriété privée? Le Conseil d'Etat s'est vu saisi plusieurs fois, à cet égard, par des riverains qui se plaignaient de ce qu'une mauvaise délimitation établie par le gouvernement avait englobé des terrains à eux appartenant en tant que propriétés privées, lesquels s'étaient trouvés de la sorte absorbés par le domaine public maritime.

Le Conseil d'Etat consulté sur ce point, ou pour parler moins improprement, « déferé, » a décidé tout d'abord que le chef de l'Etat se trouvait lié par la définition écrite dans l'ordonnance de 1681, et que, par conséquent, les terrains cultivés qui se trouvaient situés à un certain nombre de kilomètres de l'embouchure d'une rivière, avaient été normalement et légitimement incorporés au domaine maritime par le chef de l'Etat qui avait, à cet égard, rendu un décret à la date du 9 mai 1860, décret faisant rentrer dans le domaine maritime des terrains recouverts par le plus grand flot

de mars. — Cet arrêt célèbre du Conseil d'Etat, qui porte la date du 27 mai 1863 (affaire Drillet de Lanigou), visait purement et simplement la délimitation latérale.

Mais, même sur ce point, le dernier mot n'était pas encore dit, et une question toute nouvelle devait bientôt venir compléter la jurisprudence sur cette question délicate.

Que devons-nous d'abord entendre par « le grand flot de mars? » Sera-ce la plus grande marée de l'année ou bien le point extrême atteint par la mer durant le mois de mars lui même? Bien qu'il y ait eu à cet égard de graves divergences, le Conseil d'Etat a cru devoir s'en tenir à la lettre même de l'ordonnance en se prononçant en faveur de la seconde opinion, à savoir : que c'est la plus grande marée du mois de mars qui devait servir de base à la ligne de démarcation à établir dans le cas que nous envisageons. Mais ce n'est pas tout encore. L'opinion ci-dessus, en la supposant reconnue vraie, nous voulons dire conforme au droit, il peut arriver, et les faits ont souvent prouvé et prouvent encore la justesse de cette hypothèse, qu'influencé par des circonstances atmosphériques ou météorologiques, le plus grand flot de mars dépasse notablement les limites naturelles prévues par des calculs qui permettent, en se basant sur la science astronomique, de prévoir dans chaque port et chaque jour quelle sera la hauteur probable de la marée dans ce port, et que le flot normal

de mars devienne ce que l'on a souvent appelé le « flot de tempête. » Cette distinction fut bien posée en l'année 1864 dans une circulaire émanant du Ministre de la marine. Auquel de ces deux flots devons-nous appliquer la définition de l'ordonnance ?

La jurisprudence a dû se prononcer sur cette question délicate, et les décisions suivantes, auxquelles elle s'est arrêtée, répondront d'elles-mêmes à la question posée.

Un décret, en date du 11 février 1869, avait fixé la ligne de démarcation entre la Seine et la mer, un peu au-dessus du Havre. Cette ligne partait du cap de Hode pour aboutir à Grestain. La conséquence fut qu'un grand nombre d'atterrissements se formèrent, et que d'immenses prairies donnant un total d'environ deux mille hectares, se trouvèrent, par ce fait, être riveraines du domaine maritime. Les propriétaires de ces prairies ne crurent pas devoir attaquer devant le Conseil d'Etat le décret de 1869, sachant bien que la jurisprudence constante de ce Conseil aurait rejeté leur pourvoi (arrêt, 4 avril 1879), en se basant sur ce que nous appellerons le contentieux par principe, lequel exige en effet, pour motiver un pourvoi pour excès de pouvoir, qu'il y ait non seulement un acte opposable à l'administration, mais encore que cet acte, quoique émanant de l'administration, lèse actuellement les intérêts. Les riverains, propriétaires de ces prairies qui, par le fait du décret de 1869, se trouvaient en aval

de la ligne séparative de la mer et de la Seine, attendirent donc le moment où, se croyant lésés dans leurs intérêts, ils pourraient introduire leur action contre les autorités chargées de fixer la limite extrême de leurs propriétés. Cette atteinte à leurs droits, ils crurent la rencontrer dans un décret du 9 juin 1877, portant fixation de la mer dans la baie de Seine, ou, pour parler plus exactement, venant comme consécration d'une délimitation latérale, déjà opérée en 1873, par une commission spéciale, laquelle s'était bornée à cette époque à fixer le point extrême atteint par les plus hautes eaux de chaque côté du fleuve. Le pourvoi des riverains porta en même temps et sur le décret de 1869 et sur celui de 1877 ; mais, nous laisserons de côté, pour le moment, le premier décret, dont nous aurons à nous occuper en étudiant la délimitation transversale de la mer et nous ne nous arrêterons qu'au décret de 1877, qui seul a spécialement trait à la question que nous avons posée et que nous devons résoudre.

Tout d'abord nous devons rechercher quelle lésion invoquèrent les riverains ? Quelles raisons donnèrent-ils à l'appui de leur demande ? Ces raisons furent des plus naturelles. Leurs domaines cultivés, leurs deux mille hectares de prairie se trouvaient, par le fait du décret de 1877, incorporés au domaine maritime, le plus grand flot de mars les ayant recouverts en l'année 1873. Mais les riverains, ainsi dépossédés, objec-

tèrent que la Commission de 1873 s'était attachée, dans les travaux de délimitation qui lui avaient été confiés, à un flot anormal qui avait dépassé toutes les prévisions, sous l'influence d'un fort vent d'ouest qui avait soufflé ce jour là : en sorte que la question à résoudre par le Conseil d'Etat, en laissant de côté toutes les difficultés pratiques qu'il fallait surmonter, était celle de savoir si c'est un flot anormal de mars ou le plus grand flot de mars, tel qu'il était prévu, que l'on devait considérer dans la circonstance.

Le Conseil d'Etat, après une enquête des plus minutieuses, reconnut qu'en effet le décret de 1877 avait fait une fausse application de l'ordonnance de la marine de 1681, de sorte que, sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'Etat peut se résumer de la façon suivante : Pour opérer la délimitation latérale du domaine public maritime d'avec les propriétés riveraines, c'est au flot normal du mois de mars, c'est-à-dire tel qu'il a été prévu par l'annuaire officiel de la marine qui donne chaque jour l'établissement du port, qu'il faut se reporter. — On devra donc, en cette matière, considérer comme nulle et non avenue, toute circonstance météorologique ou atmosphérique exceptionnelle qui pourrait soit diminuer, soit augmenter la limite que doit atteindre normalement la hauteur de la marée.

Délimitation du domaine public fluvial. — Dans le domaine public maritime, pris dans un sens large, nous avons dû faire entrer le domaine public fluvial, c'est-à-

dire les rivières navigables et flottables, qui seules font partie de la grande voirie. Nous avons dit également qu'il fallait y comprendre même les bras de ces rivières, encore qu'ils ne fussent pas navigables, pourvu qu'ils prissent naissance au-dessous de la ligne transversale qui sépare le fleuve navigable de la partie du fleuve qui est considérée comme impropre à la navigation.

Nous avons énuméré ci-dessus les deux intérêts essentiels qui existent à distinguer la délimitation maritime proprement dite de la délimitation fluviale ; et quant aux droits des riverains, suivant que l'on considère les atterrissements comme étant situés au bord de la rivière ou au voisinage de la mer, et aussi au point de vue des autorités compétentes pour opérer ces délimitations. De ces deux intérêts, le premier seul nous occupera, et nous renverrons l'étude des autorités compétentes à notre troisième chapitre. Cet intérêt, une fois connu, nous servira de trait d'union pour aborder de front la délimitation transversale de la mer d'avec les fleuves qui viennent s'y jeter.

Quel est donc cet intérêt qui s'attache à distinguer le domaine public de la mer, du domaine public des fleuves, relativement aux droits respectifs des propriétaires riverains de ces domaines ?

Cet intérêt se rencontre dans les art. 556 et 557 du Code civil, lesquels accordent aux riverains les alluvions fluviales et les relais formés des deux côtés de la rivière. Mais qu'entendre par ces mots : « alluvions

et relais ? » On entend par alluvions les atterrissements ou accroissements insensibles formés par un cours d'eau riverain, sur une propriété voisine de ce cours d'eau. Quant aux relais (art. 557, C. civ.), ce sont les endroits laissés à sec par le retrait de l'eau. La loi en accordant la propriété de ces alluvions et relais formés par un cours d'eau, aux propriétaires riverains, s'est inspirée de cette idée que les cours d'eau forment une limite variable de sa nature entre deux propriétés, lesquelles doivent, en conséquence, être soumises aux chances variables de cette limite. L'idée contraire n'eut pas pu d'ailleurs comporter d'application pratique, et c'est pour cette raison que, toutes les fois que cette application pourrait en être faite, on devra retourner au droit commun ; c'est ce qui aura lieu, par exemple, chaque fois que les relais ne se seront pas formés insensiblement : relais subits résultant de travaux faits par l'administration. Ces relais resteront incorporés au lit du fleuve, lequel étant du domaine public n'est pas susceptible de propriété privée.

Mais puisque le Code civil accorde aux riverains les alluvions qui se forment le long des rivières navigables et flottables (art. 556, C. civ.), nous devons nous demander ce qu'il faut entendre par le lit du fleuve et jusqu'où il doit être étendu ? En théorie, la question ne souffre aucune difficulté. La jurisprudence constante décide que l'on prendra le niveau auquel affluent les plus hautes eaux navigables, c'est-à-dire le

point que les commentateurs ont appelé le *plenissimum flumen*. Nous verrons bientôt, en traitant de la compétence, qui est chargé de fixer la limite, ainsi que l'étendue des pouvoirs qui ont été confiés sur ce point à l'autorité compétente.

II. DÉLIMITATION TRANSVERSALE DU DOMAINE PUBLIC MARITIME

Qu'entendre par cette délimitation et quelle base devons-nous prendre pour y arriver. Cette base peut-elle être arbitraire?

L'ordonnance de 1681 ne comprenait, nous l'avons dit plus haut, que la délimitation latérale du domaine public maritime, mais ne faisait aucune mention de la délimitation transversale, c'est-à-dire de la ligne de démarcation qui devait fixer les limites des eaux de la mer et de celles des fleuves à leur embouchure.

Il appartenait donc à l'appréciation des tribunaux compétents de combler cette lacune et de déterminer les éléments sur lesquels on devait s'appuyer en cette occurrence. Sur ce point la jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas laissé que d'être très incertaine. Deux opinions, en effet, se sont trouvées et se trouvent encore en présence :

La première opinion, celle professée par les auteurs en général, voulait qu'on prit pour base de la délimitation la configuration même du terrain sans tenir

compte des autres éléments dont nous parlerons tout à l'heure en examinant le second système. Cette première opinion fut adoptée par le Conseil d'Etat dans un avis qu'il fût appelé à donner, sur l'invitation du gouvernement, au sujet de la rivière de l'Orne. Il s'agissait de déterminer, à l'embouchure de cette rivière, quelle serait la partie médiane où les eaux douces et les eaux salées se rencontrent tantôt pures, tantôt mélangées, et, à cet égard le Conseil d'Etat fut d'avis que l'on devait s'attacher, avant tout, à la configuration des rivages et à la nature du terrain.

Cette méthode avait, en effet, l'heureux côté d'offrir aux investigations et aux enquêtes de ceux qui étaient chargés de délimiter, des points de repère d'une sûreté et d'une facilité indiscutables. Et l'on a même pu soutenir quelques années plus tard qu'elle était la seule méthode admissible et le seul moyen équitable pour établir la véritable limite entre la mer, d'une part, et les fleuves, de l'autre. C'est sur ces données que s'appuiera plus tard la Cour de cassation, dans son arrêt du 28 juillet 1869 (chambre civile), pour déclarer que le fleuve ne cesse d'être fleuve qu'au moment même où il vient se perdre dans la mer. Et même avant 1850, époque où le Conseil d'Etat fut appelé à donner l'avis précité sur la limite de l'Orne et de la mer, un arrêt célèbre de la Cour de Rouen, avait indirectement appliqué la même doctrine en reconnaissant aux terrains qui se trouvaient en amont de la ligne idéale reliant le

Hoc à Honfleur, le caractère d'alluvions fluviales appartenant aux riverains. La Cour de cassation rejeta d'ailleurs le pourvoi formé contre cet arrêt, rendu le 26 août 1840, et connu, en jurisprudence, sous le nom d'arrêt Manneville. Malgré tous ces précédents, le Conseil d'Etat n'a pas cru devoir persister dans cette jurisprudence, et a introduit des éléments d'appréciation tout autres que ceux ayant trait à l'aspect physique des lieux et à la configuration géographique des côtes à l'embouchure des fleuves. Cette théorie nouvelle a été inaugurée par le Conseil d'Etat, jugeant au contentieux, dans un arrêt du 10 mars 1882, lequel visait également la délimitation latérale, et qui avait pour but de rejeter un pourvoi formé pour faire annuler le décret de 1869, fixant la ligne transversale séparant la mer de la Seine à l'embouchure de ce fleuve.

Les intéressés, qui avaient dû attendre la délimitation latérale pour pouvoir attaquer ce décret, se virent soutenus dans leurs prétentions par le commissaire du gouvernement qui rappela, dans son rapport, la jurisprudence constante que nous avons examinée plus haut, à savoir que pour connaître le point exact où le rivage de la mer cesse d'être tel pour devenir la rive du fleuve, on doit considérer avant tout la configuration des côtes, leur parallélisme ou leur écartement, afin de pouvoir trouver exactement la limite cherchée, en supposant tirée une ligne idéale qui serait celle

qu'aurait suivi le rivage de la mer, si le fleuve n'était venu s'y perdre à cet endroit. Il ajoutait d'ailleurs que l'on pouvait avoir égard à d'autres éléments, mais seulement à titre accessoire, tels que la plus ou moins grande salure des eaux et l'origine des terres que ces mêmes eaux auraient déposées sur les rives pour former des alluvions.

Mais le Conseil d'Etat n'a pas adopté ces conclusions, et, par un brusque revirement de jurisprudence, a admis la décision suivante, qui est conforme au rapport qui lui avait été fait par une commission prise dans son sein, en vertu d'un arrêt de 1881, commission qui apportait, à l'appui de son rapport, tendant d'ailleurs au maintien de la délimitation opérée par le gouvernement en 1869, des considérations d'ordre scientifique tout à fait nouvelles tenant à la nature des eaux et à l'origine des atterrissements. En sorte que la conclusion définitive de l'arrêt du 10 mars 1882 peut être ainsi posée : si les eaux du fleuve prédominent sur les eaux de la mer, il y a présomption que l'on se trouve en face du fleuve ; et réciproquement. Ces considérations nouvelles ne doivent pas, ce nous semble, entrer en ligne de compte pour opérer une délimitation transversale, parce qu'elles présentent à nos yeux un caractère plus ou moins arbitraire.

En effet, les bases nouvelles introduites par la commission de 1881 sont de deux sortes : les premières visent la plus ou moins grande salure des eaux ; la

conséquence sera que le fleuve pourra changer de nature par le seul effet du flux et du reflux dans son lit. Or, la Cour de cassation a toujours admis la doctrine contraire (arrêt Cass., 28 juillet 1869). En outre, nous pouvons ajouter qu'en prenant pour base la prédominance de l'eau salée dans un fleuve, il faudrait reporter la ligne de démarcation bien loin en amont de la ligne naturelle, puisque par l'effet du flux dans les rivières, la saline des eaux peut se trouver être la même dans l'intérieur de ces rivières. C'est ce qui a lieu en fait pour la Seine, dont les rives se trouvent atteintes par les eaux de la mer jusqu'à plus de 40 kilomètres au-dessus du Havre.

Les secondes considérations qui ont été invoquées, sont relatives à la composition géologique des alluvions formées sur les rives, lesquelles étaient, disait-on, d'une nature et d'un caractère essentiellement maritimes. Mais on a pu répondre, à juste titre, par l'argument *a contrario* suivant : Pourquoi, si vous vous basez sur la composition des terrains, faites-vous ces terrains voisins de la mer en deçà de la ligne de démarcation que vous avez établie, et pourquoi dès lors avoir choisi cette ligne, puisque la composition de ces terrains est la même que celle des alluvions qui se trouvent au delà. Donc, peut-on dire, votre ligne de démarcation est arbitraire, et, comme telle, n'est pas conforme au droit.

III. DU DOMAINE MILITAIRE

Dans l'énumération des biens formant le domaine public, l'art. 540 du Code civil reproduisant l'art. 13 de la loi de 1791, range avec raison les terrains militaires : c'est que ces terrains, par leur destination même doivent rentrer dans le domaine inaliénable et imprescriptible qui seul peut échapper à l'appropriation privée.

Les places fortes, les seules dont nous nous occupons, forment un des éléments essentiels de la défense du pays contre l'étranger. Aujourd'hui elles sont devenues indispensables. De là des séries de mesures nécessaires prises par le législateur et que l'on a qualifiées de servitudes militaires. Mais comme il ne faut pas sacrifier souvent en pure perte la propriété privée en empêchant, sans raison, le développement de l'agriculture ou de l'industrie, en laissant à cet égard toute latitude à l'élément militaire, le législateur a cru pouvoir exiger que les travaux, touchant à l'intérêt public et à l'intérêt privé, fussent l'objet d'une instruction contradictoire entre les fonctionnaires appartenant à l'autorité militaire, et les fonctionnaires appartenant à l'autorité civile : de là est née la commission mixte des travaux publics. Nous n'insisterons pas sur les attributions de cette commission et nous n'envisagerons que

les diverses zones militaires établies autour des places fortes.

Les bases de la législation, en cette matière, sont antérieures à la Révolution. Elle fut d'abord réglée, sous l'ancien régime, par les ordonnances du 7 février 1744, du 10 mars 1759 et 31 décembre 1776, pendant la Révolution, par la loi des 8-10 juillet 1791, et plus tard sous la Restauration, par la loi du 17 juillet 1819. Remaniée en 1851, elle se trouve aujourd'hui soumise à la loi du 10 août 1853.

L'ordonnance de 1670 et celle de 1675 exigèrent des autorisations pour construire dans les environs des places fortes, mais sans désigner les plans, les constructions, le rayon, ce qui rendit l'application presque impossible et fit fermer les yeux sur les contraventions. L'édit du 9 décembre 1713 combla quelques lacunes en fixant le rayon de la servitude *non ædificandi*, à 250 toises, à partir de la palissade et en n'appliquant la servitude qu'aux travaux de maçonnerie. Mais on autorisait, pour la commodité des voyageurs qui arrivaient après la fermeture des portes ou l'abaissement des ponts-levis, l'établissement d'un cabaret à 200 toises seulement de la forteresse. — L'ordonnance de 1744 établit deux nouvelles servitudes : défense de faire des dépôts de matériaux dans un rayon de 500 toises ailleurs que dans les endroits autorisés par l'ingénieur en chef de la place (art. 2) ; obligation d'entente avec cet ingénieur pour construire des chemins, des chaussées,

ou des fossés dans le même rayon de 500 toises (art. 66).

L'ordonnance du 31 décembre 1776, ajouta à la défense de bâtir dans le rayon de 250 toises, l'obligation de se mettre d'accord relativement à l'alignement à conserver dans un rayon double. En outre certaines places de guerre, qu'elle énumérait, donnaient seules lieu à l'application de ces servitudes. La loi du 10 juillet 1791, vint compléter cette classification en faisant disparaître tout arbitraire, puisque les places seules qui sont énoncées au tableau annexé sont réputées places de guerre ou postes militaires. L'art. 22, loi du 10 août 1853, s'exprime ainsi : « La zone des fortifications, tant des places et des postes, que des ouvrages, s'étend depuis la limite intérieure de la rue militaire ou du rempart jusqu'aux lignes qui terminent les glacis et comprend, s'il y a lieu, les terrains extérieurs annexes de la fortification, tels que : les esplanades, avant-fossés ou autres ayant une destination défensive. » L'article ajoute, ce qui était certain, que cette zone est inaliénable et imprescriptible.

Connaissant les limites mêmes d'une place forte quelconque, il nous reste à étudier les diverses servitudes fort lourdes, qui pèsent sur les propriétés environnantes, et qu'entraîne l'établissement d'une place de guerre. Nous supposerons tout d'abord que les terrains ne sont pas bâtis et nous passerons ensuite au

cas où des constructions existaient déjà lors de la création de la place :

1° La loi du 10 août 1853, pose les principes en cette matière dans son art. 6 : « Les servitudes défensives autour des places et des postes, s'exercent sur les propriétés qui sont comprises dans « trois zones commençant toutes aux fortifications et s'étendant respectivement aux distances de deux cent cinquante mètres, quatre cent quatre-vingt-sept mètres et neuf cent soixante-quatorze mètres pour les places, et de deux cent cinquante mètres, quatre cent quatre-vingt-sept mètres et cinq cent quatre-vingt-quatre mètres pour les postes. » Les art. 7, 8 et 9 définissent le caractère des diverses servitudes : 1° Art. 7 : « Dans la première zone des servitudes autour des places et postes classés, il ne peut être fait aucune construction, de quelque nature qu'elle puisse être, à l'exception toutefois de clôtures ou haies sèches ou en planches à claire-voie sans pans de bois, ni maçonnerie. Les haies vives et les plantations d'arbres sont spécialement interdites. 2° Art. 8 : « Au-delà de la première zone jusqu'à la limite de la deuxième, il est également interdit autour des places de la première série, d'exécuter aucune construction quelconque en maçonnerie ou en pisé. Mais il est permis d'élever des constructions en bois et en terre sans y employer de pierres, ni de briques, ni même de chaux, ni de plâtre, autrement qu'en crépissage et à la charge de les démolir immédiatement et d'enlever

les décombres et matériaux, sans indemnité, à la première réquisition de l'autorité militaire dans le cas où la place, déclarée en état de guerre, serait menacée d'hostilités. Dans la même étendue, c'est-à-dire, dans la limite entre la première et la deuxième zone, il est permis, tout autour des places de la deuxième série et des postes militaires, d'élever des constructions quelconques. Mais, le cas arrivant où ces places et postes sont déclarés en état de guerre, les démolitions des constructions qui seront jugées nécessaires, n'entraîneront aucune indemnité pour les propriétaires. Enfin, 3^e l'art. 9 relatif à la troisième zone, interdit tous les chemins et toutes les excavations et constructions au-dessous du sol ainsi que tous dépôts de matériaux, sans que l'autorité militaire avisée n'en ait préalablement déterminé l'alignement et la position. Les exceptions à cette règle se rencontrent dans les art. 13, 14, 15 et 16 de la loi.

Ces différentes servitudes, bien qu'étant très onéreuses pour les propriétés voisines, ne donnent jamais lieu à indemnité à l'égard des propriétaires qui s'en trouvent grevés par l'établissement d'une place forte ou d'un poste militaire. Cependant, nous devons faire une grande distinction entre le cas où les terrains étaient terrains nus ou terrains construits, lors de la création ou de l'agrandissement des fortifications. L'art. 10 de la loi fait de lui-même cette distinction en nous disant que « les reconstructions totales de mai-

« sons, clôtures et autres bâtisses, sont soumises aux
« mêmes prohibitions que les constructions neuves.
« Les restaurations des bâtiments, etc., tombant par
« vétusté ou pour une cause quelconque, constituent
« des reconstructions totales. » — Il résulte de cet
article les idées suivantes : si les constructions vien-
nent à être démolies d'une façon quelconque, elles ne
peuvent être reconstruites. Si elles subsistent (arg. *a*
contrario de l'art. 10), il est permis de les entretenir,
c'est-à-dire, d'y opérer tous travaux réconfortatifs,
pourvu qu'il ne soit fait usage dans les réparations et
constructions partielles que des matériaux déjà em-
ployés, et pourvu également que la masse des construc-
tions n'en soit pas accrue (art. 11 de la loi). Mais pour
que le propriétaire ait le droit de faire des réparations,
il doit prouver ou que sa construction existait préala-
blement à l'établissement des servitudes militaires, ou
qu'elle a déjà fait l'objet d'un engagement de démolition
sans indemnité pour le cas prévu dans l'art. 8 de
la loi, c'est-à-dire pour le cas où la place en état de
guerre serait menacée d'hostilités. A défaut de ces
justifications, le propriétaire doit en souscrire l'enga-
gement (art. 12 *in fine* de la loi). — Nous appliquerons
les mêmes règles lorsqu'il s'agira de constructions ou
clôtures débordant la limite intérieure de la rue mili-
taire ; elles peuvent être entretenues de la même fa-
çon, mais en cas de démolition pour une cause quel-
conque, elles devront être reculées jusqu'à l'alignement

fixé. Le terrain compris dans cette zone militaire, sera de plein droit attribué aux fortifications ; mais le propriétaire sera indemnisé de la valeur du terrain annexé, de la valeur du sol, si toutefois il justifie en être le légitime propriétaire (art. 24).

IV. DES CHEMINS VICINAUX

Nous avons vu la grande, la moyenne et la petite vicinalité, et nous savons que la première grande, innovation de la loi du 21 mai 1836 présentait avec les deux autres des différences essentielles. Depuis 1871 la vicinalité tend à prendre de plus en plus d'importance. La loi du 10 août autorise en effet les conseils généraux à déclasser les routes départementales pour en faire des chemins vicinaux de grande communication (art. 46, § 8) et les délibérations sont sur ce point exécutoires par elles-mêmes. La question s'est posée de savoir si un département pouvait déclasser toutes ses routes départementales. La loi de 1871 ne s'y oppose en aucune façon, mais la première fois que le fait se produisit, le ministre de l'intérieur et le ministre des travaux publics s'émurent. On leur répondit, à bon droit d'ailleurs, que le conseil général pourrait toujours arriver au même but en déclassant successivement les routes départementales. Aujourd'hui nous trouvons seize départements qui n'ont, en fait, que des voies vicinales, de grande communication. Mais comme nous ne devons pas ici

nous appesantir sur la question des chemins vicinaux pris dans leur ensemble, mais sur la simple question d'alignement de ces chemins, nous devons nous demander si pour eux, comme pour les routes qui ne sont que des dépendances de la grande voirie, il doit aussi exister des plans généraux d'alignement. Nous aurons à étudier sur ce point la loi des 4-11 mai 1864 relative aux alignements sur les routes nationales et départementales et en même temps sur les chemins vicinaux de grande communication, et la loi des 8-11 juin 1864 relative aux rues formant le prolongement des chemins vicinaux. Comme la différence, au point de vue de l'alignement, entre les divers chemins tenant à la vicinalité, n'existe que sous le rapport des autorités chargées de le délivrer, nous étudierons la question sans opérer la moindre scission entre les chemins vicinaux ; un chapitre spécial touchant aux autorités compétentes pour opérer les diverses délimitations du domaine public, nous permettra de poser bientôt les différences existantes entre lesdits chemins.

Nous savons qu'en l'approbation des plans généraux d'alignement en matière de grande voirie n'avait pas été décentralisée et demeurerait toujours soumise aux règles de l'ancien régime. Nous avons ajouté que, même pour les routes départementales, la loi de 1871 n'ayant pas donné pouvoir aux conseils généraux, de déclarer l'utilité publique, les projets de plan d'alignement de ces routes restaient soumis aux forma-

lités d'enquête prescrites par la loi sur l'approbation pour cause d'utilité publique (circulaire générale des Ponts et Chaussées, 3 août 1833).

Il en est tout autrement lorsqu'il s'agit de chemins vicinaux. Les plans généraux ont cet avantage, de permettre de fixer exactement la limite du chemin et de faciliter la constatation des usurpations à réprimer, mais leur utilité se manifeste encore bien davantage lorsqu'il s'agit des chemins vicinaux : à mesure que les ressources communales ont augmenté, ces chemins se sont vus ramenés à des pentes de moins en moins rudes et à une plus grande uniformité dans leur direction. Mais l'autorité compétente doit nécessairement, pour délivrer des alignements individuels, se baser sur des plans généraux qui émanent d'une autorité tout autre que celle établie pour fixer les plans de grande voirie. En effet, la base des opérations consiste, pour les chemins vicinaux, à s'appuyer sur des plans généraux qui ont servi à l'établissement des formalités de redressement et d'élargissement prescrites par la loi. Ces plans généraux qui devaient avoir reçu l'approbation du préfet, avant la loi du 10 août 1871, exigent aujourd'hui l'approbation de la commission départementale ou du conseil général, suivant les cas, lesquels ont remplacé à cet égard l'autorité préfectorale. — Le conseil municipal est toujours appelé à donner un avis, dont il n'est tenu compte que de droit ; cependant s'il s'agit de traverses de grande voirie, le

pouvoir du conseil municipal est plus étendu en ce sens que si l'autorité supérieure se refuse à approuver les plans adoptés par le conseil municipal, elle ne pourrait y substituer un autre plan (art. 19, § 7, L. 1837). Cette doctrine a été consacrée par le Conseil d'Etat, notamment dans deux arrêts du 25 juillet 1863 et 9 janvier 1869 (affaire commune Bourg-le-Roi).

Les communes qui veulent élargir leurs chemins vicinaux ou les départements qui veulent redresser leurs chemins vicinaux de grande communication, aussi bien dans la traverse des villes et bourgs que sur tout le parcours de ces chemins, peuvent encore dresser des plans généraux d'alignement ou d'élargissement. Dès que ces plans ont reçu l'approbation, soit de la commission départementale (moyenne et petite vicinalité), soit du conseil général (grande vicinalité), les terrains sur lesquels la route doit s'étendre, sont incorporés à cette route par voie de retranchement s'il s'agit de propriétés non bâties ; s'il s'agit de propriétés bâties, elles seront frappées de la servitude de reculement, c'est-à-dire de la défense de construire ou de réparer. Cette servitude, qui existe également pour la grande voirie, prépare leur annexion à la voie publique, sans qu'il soit besoin de recourir à l'expropriation. Notons que le plan doit être régulièrement publié (l'arrêt, C. d'Etat, 23 juillet 1875), c'est-à-dire que le plan doit avoir été régulièrement approuvé par le conseil général ou par la com-

mission départementale, suivant la distinction faite ci-dessus. En outre la décision de la commission départementale, doit être également publiée (art. 88, L. 10 août 1871). Comme tout plan général d'alignement, les plans généraux touchant la vicinalité qui portent modification de l'alignement de la voie publique, ne peuvent être déférés au Conseil d'Etat que pour violation ou inobservation des formalités exigées par la loi (arrêt, Conseil d'Etat, 10 juillet 1874).

Nous devons ajouter qu'au cas où il s'agit de terrains non bâtis, si l'on veut augmenter dans une mesure relativement considérable la largeur d'un chemin, l'opération devra être considérée non pas comme un élargissement, mais bien comme une ouverture de voie nouvelle et dès lors, la décision de classement, émanant du conseil général ou de la commission départementale, ne saurait être attributive de propriété. En d'autres termes, ce ne sera pas la procédure des élargissements qu'il faudra suivre dans ce cas particulier, mais bien la procédure des ouvertures et redressements. C'est ce qui a été jugé par le Conseil d'Etat dans des arrêts récents (arrêts : 19 mars 1875; Letellier Lafosse, 13 juillet 1877; commune Bosbénard). — Nous terminerons ce second chapitre en disant quelques mots de la délimitation des bois et forêts de l'Etat. — La délimitation et le bornage ne doivent pas être confondus. Ce ne sont en effet que deux opérations successives et complètement différentes l'une de l'autre. La première

a pour but la reconnaissance et la fixation, par un plan topographique, de la ligne séparative entre les forêts de l'État (ou des communes, malgré le silence du texte), et les héritages voisins. Le bornage, au contraire, ne vise que la constatation de cette première opération au moyen de signes extérieurs et matériels.

Bien que nous admettions, pour notre part, le système qui place les grandes masses de forêts dans le domaine privé de l'État, il importe de dire quelques mots des bois et forêts quant à la ligne de démarcation à établir entre eux et les propriétés voisines. La délimitation est de deux sortes : partielle ou générale. La première se fera judiciairement ou à l'amiable. Nous renvoyons sur ce point aux art. 58 et 61 de l'ordonnance de 1827 combinés avec l'art. 11 du Code forestier, et à l'art. 8 du même Code, sauf le privilège accordé à l'État d'arrêter l'action en justice, émanant soit de l'administration, soit des propriétaires voisins, en offrant de procéder dans un délai de six mois à une délimitation générale. Quant à cette délimitation générale, les formalités exigées pour y parvenir se trouvent contenues dans l'article 10 du Code forestier. Nous n'insisterons pas, mais nous dirons seulement que l'homologation du procès verbal de délimitation doit être faite par le Gouvernement.

CHAPITRE III

DES AUTORITÉS COMPÉTENTES POUR DÉLIVRER LES DIVERS ALIGNEMENTS DU DOMAINE PUBLIC

Après avoir étudié en elles-mêmes, c'est-à-dire dans leur substance et dans les controverses qui ont pu s'élever à leur occasion les diverses délimitations du domaine public, il nous reste à résoudre la question de savoir quelles autorités sont compétentes pour déterminer les diverses lignes de démarcation à établir lorsqu'il s'agit de délimiter des objets faisant partie du domaine public. Nous prendrons successivement, pour résoudre cette question, les routes nationales et départementales, le domaine maritime, etc., et enfin en dernier lieu, les chemins vicinaux.

Routes nationales et départementales. — Chemins de fer. — Plantations sur les grandes routes. — Nous avons jusqu'à ce moment supposé, et nous le supposons encore, qu'il existait un plan général d'alignement sur lequel devait se baser l'autorité compétente pour délivrer les alignements individuels qui lui étaient demandés par les propriétaires riverains intéressés.

Nous avons vu en outre que l'on avait décidé que ce plan général, pour les routes départementales comme pour les routes nationales, serait arrêté par décret

(avis du Conseil d'Etat, 15 juillet 1875). — Mais une question générale s'impose tout d'abord à nous : c'est celle de savoir comment il faudra procéder à la délimitation d'un domaine public quelconque, quand ce domaine se trouve être contigu à des propriétés privées. Faudra-t-il appliquer les règles du bornage tant au fond qu'au point de vue de la compétence ? La jurisprudence, de la loi des 22 décembre 1789, 10 janvier 1790, qui nous dit que « la conservation des propriétés publiques et celle des rivières, chemins et autres choses publiques seront sous la garde de l'administration, » a tiré la conclusion suivante, à savoir : que l'autorité administrative serait compétente pour fixer les limites du domaine public. Des lois postérieures sont d'ailleurs venues corroborer sur ce point la jurisprudence administrative, en accordant aux fonctionnaires appartenant à l'administration le droit de délivrer les alignements.

A qui donc faudra-t-il s'adresser pour obtenir un alignement individuel ?

La demande d'alignement, lorsqu'il s'agit des grandes routes, doit être adressée au préfet, lequel doit y répondre par un arrêté d'alignement partiel. Une circulaire du ministre des travaux publics en date du 18 mai 1849, autorisait les sous-préfets à délivrer les alignements partiels, comme délégués du préfet, dans les traverses des villes, au cas où il existerait un plan général régulièrement approuvé. Le Conseil d'Etat a

pensé qu'une circulaire ministérielle n'avait pu transférer ainsi aux sous-préfets un pouvoir que la loi n'accordait qu'aux préfets seuls, et que ce pouvoir ne comportait pas de délégation (décret du 28 novembre 1864, commune de Void).

'Mais aujourd'hui, lorsqu'il s'agit de routes nationales ou départementales, ou même de chemins vicinaux de grande communication, la loi des 4-11 mai 1864 donne pouvoir au préfet seul lorsqu'il n'y a pas de plan général, et au sous-préfet si ce plan général existe. (Nous verrons, en traitant la voirie urbaine, que le préfet peut aussi, dans ce dernier cas, remplacer quelquefois l'autorité municipale.)

L'arrêté individuel n'est qu'indicatif des limites de la voie, et doit être en tous points conforme au plan général s'il en existe un, ou sinon, aux limites naturelles de la route. Dans ce dernier cas, le préfet ne pourra jamais forcer un riverain à reculer sans commettre un excès de pouvoir. De même, si un riverain est propriétaire d'un mur à la limite de la voie, il devra, pour y faire des réparations confortatives, obtenir l'autorisation préfectorale. Si le préfet ne peut pas, en cas d'absence d'un plan général, forcer au reculement un propriétaire voisin, c'est qu'il n'a pas qualité pour exproprier. Cette idée est d'ailleurs une idée générale qui est applicable à tout administrateur (arrêts : Cons. d'Etat, 10 février 1865; 25 mars 1867, affaire Valleran).

D'un autre côté, le propriétaire qui demande un alignement n'a pas à se préoccuper s'il existe ou s'il n'existe pas de plan général : l'alignement partiel, en effet, doit, dans les deux cas, être délivré par le préfet. C'est pour lui une obligation à laquelle il ne lui est pas permis de se soustraire. Il ne pourrait donc s'y refuser. Mais supposons qu'un refus de délivrance ait été opposé à l'intéressé par l'autorité préfectorale, que devra faire le riverain ? Il devra s'adresser à l'autorité supérieure, devant laquelle un recours lui sera ouvert, et il pourra, en outre, intenter une action en dommages et intérêts contre le fonctionnaire coupable. Ces dommages et intérêts ne peuvent d'ailleurs être prononcés, d'après les jurisprudences administrative et judiciaire, que par les tribunaux administratifs (arrêts : Cons. d'Etat, 19 décembre 1838 ; Cour de Paris, 17 août 1860). (Un décret du 2 novembre 1864 a eu pour but de vaincre la force d'inertie que pourrait opposer l'autorité administrative en persistant dans son refus de délivrer un alignement demandé.) Il en sera de même si, demandant l'autorisation de faire une réparation à votre immeuble, on vous la refusait. Vous pourrez, en effet, alors vous pourvoir devant le Conseil d'Etat, et son arrêt vous tiendra lieu d'autorisation. (Telle est, en effet, la décision à laquelle a cru devoir s'arrêter, après bien des variations, la jurisprudence du Conseil d'Etat. — Arrêt du 12 mai 1869, affaire Clément.)

La demande d'alignement se trouverait périmée et

par conséquent une nouvelle demande serait nécessaire, dans le cas où les travaux de construction n'auraient pas été commencés dans l'année qui suit la délivrance de l'alignement. Telle est la jurisprudence de la Cour de cassation (arrêt du 10 mars 1859), qui s'est appuyée à ce sujet sur d'anciens règlements encore en vigueur. En outre, en cas de contravention ou d'usurpation commise sur la voie publique, la peine seule se pourra prescrire ; mais le droit pour l'autorité de faire prononcer la démolition reste et demeure imprescriptible (arrêt du Conseil d'Etat, 30 juin 1842).

L'autorité administrative a seule le droit de déclarer et de constater les exigences des besoins publics ; seule, elle a le droit de frapper certains biens des caractères de la domanialité ; seule, enfin, elle a le droit et le devoir d'administrer et de surveiller les dépendances du domaine public. Mais les principes mêmes qui accordent à l'administration d'aussi importantes attributions en ce qui concerne le domaine public, nous découvrent eux-mêmes la part qui doit être faite à l'autorité judiciaire. Si le pouvoir administratif peut créer des droits nouveaux et transformer des droits anciens, il est non moins certain que les tribunaux judiciaires ont seuls qualité pour reconnaître les droits préexistants, et qu'ils doivent être seuls compétents quant aux contestations qui peuvent s'élever relativement à une dépendance quelconque du domaine public, toutes les fois qu'il s'agira de statuer sur des

questions de propriété, de servitude ou de prescription. En un mot, le caractère de l'acte administratif peut bien être attributif, mais non déclaratif de propriété. Or, supposons qu'un particulier vienne à élever des prétentions sur un terrain ou sur une portion d'immeuble que l'administration reconnaît comme appartenant au domaine public. Quelle sera la position de cet individu vis-à-vis de l'autorité? Ne pourrait-il pas se plaindre à juste titre qu'il a été distrait de ses juges naturels? Nous répondrons à cette question en traitant des autorités compétentes pour délimiter le domaine public naturel, c'est-à-dire le domaine maritime, et nous verrons les divergences qui ont existé à cet égard entre les autorités administrative et judiciaire, divergences qui devaient disparaître par un arrêt célèbre du tribunal des conflits, en date du 11 juin 1873.

Quant aux chemins de fer, l'alignement devra également être délivré par le préfet sur la demande des particuliers intéressés, lesquels auront la faculté d'en user sans se soucier aucunement du contrôle de l'autorité supérieure. Cependant, il est bon d'ajouter qu'un droit est réservé à l'administration, droit que nous rencontrons dans l'art. 10 de la loi du 15 juillet 1845, qui s'exprime ainsi : « Si la sûreté publique
« ou la conservation du chemin de fer l'exige, l'auto-
« rité administrative pourra faire supprimer, mais

« alors, moyennant une juste indemnité, les constructions, plantations, etc., etc. »

Nous avons parlé, dans le chapitre précédent, de l'obligation dont pouvaient être tenus les propriétaires des héritages bordant une route de planter sur ces héritages « tenant et aboutissant à cette route, » obligation relatée dans le décret du 16 décembre 1811.

C'est à l'autorité administrative qu'appartient le droit d'autoriser l'élagage ou l'abatage de ces arbres. L'art. 102 du décret de 1811 nous dit, en effet, que « l'élagage de tous les arbres plantés sur les routes conformément au présent titre (tit. VIII) du décret, sera exécuté toutes les fois qu'il en sera besoin, sous la direction des ingénieurs des ponts et chaussées, en vertu d'un arrêté du préfet, qui sera pris sur le rapport des ingénieurs en chef, et qui contiendra les instructions nécessaires sur la manière dont l'élagage devra être fait. Les ingénieurs et conducteurs des ponts et chaussées seront chargés de surveiller, etc. » L'art. 105 du même décret nous prouve que les propriétaires ne pourraient pas procéder à l'élagage de leur propre autorité. « Les particuliers ne pourront, « etc..., qu'aux époques et suivant les indications qui « seront contenues dans l'arrêté préfectoral. » Ils devront donc, à cet égard, obtenir préalablement une autorisation spéciale qui ne pourra d'ailleurs être accordée que par le préfet.

Il doit en être de même, à plus forte raison, lors-

qu'il s'agira de l'abatage de ces arbres. Tout propriétaire qui serait reconnu coupable d'avoir abattu des arbres sans autorisation préalable du préfet, pourrait se voir condamné à payer une somme représentant une valeur triple de celle des arbres abattus ou arrachés. Les demandes de permission ou d'alignement adressées au préfet, au point de vue des plantations, sont soumises aux mêmes règles que celles qui régissent ces demandes relativement aux constructions, et elles doivent être délivrées d'après un plan général régulièrement adopté, ou, en cas d'absence de ce plan général, en conformité avec les limites naturelles de la voie publique. D'où nous pouvons conclure qu'elles pourraient être attaquées non seulement devant le ministre des travaux publics, mais pourraient également être déférées à la juridiction du Conseil d'Etat.

Domaine public maritime. — Domaine public fluvial. — L'autorité chargée de procéder à la délimitation de ce domaine n'a pas toujours été la même et elle a bien varié. Le droit de fixer les limites des rivages de la mer appartenait primitivement à l'autorité préfectorale, qui n'a perdu cette attribution que depuis le décret du 26 février 1852. La date seule de ce décret suffit pour nous apprendre qu'il est revêtu du caractère législatif, puisqu'il se trouve compris dans la période intermédiaire où les décrets émanant du pouvoir exécutif avaient force de loi. Quoi qu'il en soit,

ce décret-loi décide que l'alignement du rivage se fera : par décret en Conseil d'Etat sur le rapport du ministre de la marine et du ministre des travaux publics, à l'embouchure des fleuves.

On s'est dès lors demandé si les dispositions contenues dans ce décret, étaient suffisantes pour accorder au gouvernement des droits sans limites. Les décisions de la jurisprudence que nous avons rappelées un peu plus haut, nous ont montré que ce décret de 1852 devait, dans tous les cas, se conformer à l'ancien droit; d'où elle a dû logiquement conclure que le gouvernement se trouvait lié par l'ordonnance de 1681 lorsqu'il s'agissait des rivages de l'Océan, et par la législation antérieure à cette ordonnance quant aux rivages de la mer Méditerranée, législation qui prenait sa source dans le texte même des Institutes de Justinien : *quousque maximus fluctus hibernus exæstuat*. C'est en effet, par application de ces principes, que le Conseil d'Etat dans son arrêt célèbre du 10 mars 1882, arrêt que nous avons discuté ci-dessus, a cru devoir annuler l'arrêté de délimitation faite par le gouvernement en date du 9 juin 1877, fixant les limites entre la mer et les propriétés riveraines à l'embouchure de la Seine. Il est d'ailleurs de jurisprudence certaine aujourd'hui (arrêt du tribunal des conflits du 11 juin 1873, déjà cité; affaire Paris-Labrosse) que les parties auraient pu prendre une autre voie et s'adresser aux tribunaux de l'ordre judiciaire à l'effet de faire reconnaître où

devait commencer et où devait finir le domaine public. Mais ce ne serait plus, dans ce cas, une question de délimitation, mais bien une question d'indemnité pure due pour dépossession, pour incorporation à la voie publique de terrains privés, opérée par l'administration. Nous devons également ajouter qu'il ne faut pas confondre la délimitation avec la déclaration de domanialité : cette dernière, en effet, n'est que l'application d'une délimitation générale à une parcelle déterminée laquelle se fait, conformément au décret de 1852, par simple arrêté préfectoral, pourvu toutefois qu'elle ne comprenne que des terrains sur la propriété desquels il ne puisse s'élever aucune contestation. Au cas contraire, le préfet commettrait un excès de pouvoir. Nous devons donc nous demander à quoi doit se réduire la compétence de l'autorité préfectorale, en ce qui concerne la délimitation du domaine public fluvial ? En disant que l'arrêté de délimitation du préfet pourrait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir au cas où il engloberait des propriétés privées dans le domaine public de l'État, nous sommes nécessairement amené à reconnaître que la seule compétence du préfet est de pouvoir opérer un simple bornage.

Ce sont deux lois du droit intermédiaire, les lois du 22 décembre 1789 et 8 janvier 1790 qui accordèrent aux préfets le droit de fixer les limites du lit d'un fleuve. Mais on s'est demandé quelle devait être en cette matière l'étendue du pouvoir préfectoral. A cet

égard, la jurisprudence a été soumise à des fluctuations et nous devons distinguer deux périodes. Dans une première période elle a admis que le préfet « fixait les limites, » sauf pour les tribunaux le droit de statuer sur l'indemnité qui serait due, si les limites avaient été étendues au point d'incorporer au domaine public des propriétés riveraines. Mais si le préfet affirmait n'avoir pas étendu ces limites, la compétence exclusive, pour les fixer d'une manière souveraine, devait appartenir à l'autorité administrative. Telle était en effet la jurisprudence de l'administration. — De leur côté, les tribunaux judiciaires ont toujours opposé une jurisprudence contraire à celle de l'autorité administrative, en reconnaissant que l'administration avait toujours le pouvoir d'englober la propriété privée, mais que le propriétaire dépossédé avait aussi, de son côté, le droit de s'adresser à l'autorité judiciaire pour faire la preuve de l'englobement, et de faire fixer par elle une indemnité de dépossession, et cela, disaient les tribunaux, parce que la doctrine contraire, si elle était admise, rendrait impossible l'application de l'art. 556 du Code civil. Cette dernière jurisprudence, un conflit devant inévitablement se présenter tôt ou tard, devait être définitivement consacrée par le tribunal des conflits, en son arrêt déjà cité du 11 juin 1873.

Une dernière question de compétence, relativement au domaine public maritime, nous reste à examiner : c'est celle qui a trait aux ports maritimes et de com-

merce. La délimitation n'étant, en définitive, comme nous l'avons dit, qu'un alignement général, nous nous posons la question de savoir qui est compétent pour aligner ces ports ? Nous ne rencontrons sur ce point aucun texte législatif bien précis ; mais il est permis de croire que cet alignement doit être fait par décret. Le Conseil d'Etat a rendu en 1854 un arrêt en ce sens (arrêt du 25 décembre 1854, affaire ville de Vannes). C'est qu'il n'existe, en effet, aucune raison plausible d'accorder ce droit de délimitation à une autorité autre que celle chargée de délimiter le domaine public maritime en général.

Notons, qu'en fait, cet alignement se fait toujours par arrêté préfectoral. C'est que l'on a considéré qu'il n'y avait ici qu'un bornage et l'on a cru dès lors pouvoir appliquer le décret dit de décentralisation du 26 mars 1852. Mais, bien entendu, le préfet ne pourrait opérer cette délimitation, comme nous l'avons vu plus haut, sous peine de voir son arrêté déféré au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, s'il avait incorporé au domaine maritime des terrains sur la propriété desquels un litige pouvait exister.

Enfin, nous dirons aussi quelques mots des rues de Paris, pour en finir avec la délimitation des voies qui ne sont que des dépendances de la grande voirie.

Rues de Paris. — Elles sont soumises, nous l'avons déjà fait pressentir, à un régime tout spécial que nous trouvons indiqué dans le décret du 26 mars 1852. (Les

grandes villes auxquelles ce décret a été étendu, seront soumises à des règles identiques à celles qui régissent la capitale.) Ce décret accorde à l'autorité administrative des pouvoirs beaucoup plus considérables que ceux dont elle jouirait partout ailleurs. Nous trouvons dans l'art. 4 les dispositions¹ suivantes : « Tout constructeur de maison devra pareillement (c'est-à-dire outre le cas où il s'agit du nivellement des rues), adresser à l'administration un plan et des coupes côtés des constructions qu'il projette, et se soumettre aux prescriptions qui lui seront faites dans l'intérêt de la sûreté publique et de la salubrité, etc., etc... Une coupe géologique des fouilles pour fondation de bâtiments, sera dressée et remise à la préfecture de la Seine. » Le Conseil d'Etat a jugé² par application de cet art. 4, que l'administration, lorsqu'elle se refuse à accepter un projet qu'elle croit être défectueux, devait toujours motiver son refus et indiquer en outre les différentes modifications qu'elle désirerait voir y apporter (arrêt, Cons. d'Etat, 23 janvier 1868, Vogt).

DES CHEMINS VICINAUX

C'est ici que va se manifester à nous une différence essentielle entre les chemins vicinaux de grande communication, d'une part, et les chemins vicinaux ordinaires et d'intérêt commun, d'autre part. De même

que pour les routes nationales, c'est au préfet qu'appartient, lorsqu'il s'agit de chemins vicinaux de grande communication, le droit de délivrer des alignements individuels. Depuis la loi des 4-11 mars 1864, ce droit appartient également aux sous-préfets, mais seulement dans le cas où il existerait un plan général régulièrement adopté. — Pour les chemins vicinaux ordinaires et ceux de moyenne communication, cette attribution est réservée aux maires des localités, lesquels doivent, dans tous les cas, se conformer au plan général régulièrement adopté s'il en existe un, sauf le recours hiérarchique au préfet et au ministre, recours qui est toujours de droit en matière administrative, et même au Conseil d'Etat, en vertu de l'art. 52 de la loi du 16 septembre 1807. Ce recours est toujours accordé aux intéressés, lorsque l'arrêté partiel délivré par l'autorité ne se trouve pas être conforme au plan général. — Que s'il n'existe pas de plan général régulièrement approuvé, le maire, qui est chargé de la police communale et de veiller aux soins de la voirie municipale, doit être, à ce titre, investi du droit de délivrer des alignements individuels aux particuliers qui voudraient élever des constructions au long et joignant des routes. Mais, comme les préfets lorsqu'il s'agit de la grande voirie, les maires ne peuvent, à défaut de plan général d'alignement, que maintenir à la route ses dimensions naturelles. Ils pourraient donc voir leur arrêté attaqué par la voie extraordinaire de l'excès de pouvoir, si cet

arrêté avait pour effet de procurer un élargissement ou un rétrécissement de la voie publique, en dehors d'un plan régulièrement approuvé pour l'ensemble des rues de la commune ou pour l'une ou plusieurs de ces rues.

Nous rencontrons ici une différence à noter entre la voirie en général et la voirie urbaine proprement dite.

Nous avons vu, en effet, qu'en matière de grande voirie, les propriétaires dont les héritages bordent une voie publique ne sont pas nécessairement dans l'obligation de demander un alignement partiel, au cas où ils veulent bâtir en retraite sur leurs propriétés, mais qu'il était seulement loisible à l'autorité administrative de forcer ces propriétaires à se clore au long et joignant des routes, afin de faire disparaître les angles et enfoncements qui pourraient présenter un danger sérieux pour la sûreté publique (arrêt : Cons. d'Etat, 4 février 1824). — Il en est tout autrement quand il s'agit de la voirie urbaine. La Cour de cassation a pu, en effet, décider, sans se mettre nullement en contradiction avec la jurisprudence précédente (puisque l'édit de décembre 1607 donne au grand voyer dans les villes, avec le droit de tracer les alignements, le pouvoir non seulement d'élargir mais aussi de régulariser et d'embellir les voies publiques), que le propriétaire riverain doit toujours demander l'alignement, encore qu'il veuille bâtir en retraite sur son héritage (arrêt :

Cass., 11 avril 1872). Mais nous devons ajouter que les tribunaux judiciaires n'ordonnent jamais la démolition des constructions édifiées, qu'autant que l'autorité compétente refuserait son approbation à construction ainsi élevée en retraite d'un chemin dépendant de la voirie urbaine.

Quelle autorité sera compétente pour arrêter les plans généraux ? La loi du 10 août 1871 donne compétence sur ce point aux conseils généraux pour les chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun. La compétence du conseil général passe au contraire à la commission départementale lorsqu'il s'agit des chemins vicinaux ordinaires ou de petite vicinalité.

En matière de voirie urbaine, le maire doit délivrer des alignements partiels conformément au plan général. Ce plan général d'après la loi du 16 septembre 1807 devait être arrêté en Conseil d'Etat. Le décret de décentralisation du 25 mars 1852 y a substitué la compétence préfectorale après délibération du conseil municipal. Dans les traverses qui, dans les communes, font suite à des chemins dépendant de la grande voirie, les conseils municipaux sont appelés à donner leur avis sur les plans généraux d'alignement, et il en est de même des projets de plans d'alignement des chemins vicinaux ; mais on ne tient compte que de droit de leur avis. Ainsi il a été jugé par le Conseil d'Etat (arrêt du 5 janvier 1877) que la commission départe-

mentale n'était pas obligée de se conformer (quand il s'agissait de chemins vicinaux ordinaires) à l'avis du conseil municipal. En matière de voirie urbaine, au contraire, le pouvoir du conseil municipal est beaucoup plus étendu, puisque le Conseil d'Etat a décidé en se basant sur l'art. 21, § 3 de la loi du 18 juillet 1837, que le préfet pouvait bien ne pas accepter la délibération du conseil, mais qu'il lui était interdit de substituer un plan différent de celui voté par le conseil municipal.

Quelles sont les voies de recours contre les alignements individuels?

Les réclamations contre un alignement partiel doivent suivre la voie hiérarchique et être jugées par la voie gracieuse, toutes les fois qu'elles ne se basent pas sur une mauvaise application faite d'un plan général, ou qu'elles ne se fondent pas sur un cas particulier autorisant le recours pour excès de pouvoir, comme par exemple : des conditions imposées, sans droit, par l'autorité administrative ou encore si l'arrêté individuel, en l'absence de plan général, aboutit à une modification de la voie publique. Dans ce dernier cas, le recours sera porté directement au Conseil d'Etat. — Au cas contraire, les réclamations présenteraient un caractère contentieux; mais il ne faudrait pas croire que le conseil de préfecture serait alors compétent. Non. Le recours arrivera au Conseil d'Etat après avoir suivi des échelons successifs, c'est-à-dire avoir passé entre les

moins des supérieurs hiérarchiques de l'agent qui a délivré l'alignement.

Toutefois, en matière de voirie urbaine, le § 2 de l'art. 52 de la loi du 16 septembre 1807, a laissé place à des divergences d'interprétation, sous le rapport du recours à exercer. Cet article nous dit qu'en cas de réclamation de la part de tiers intéressés, il sera de même statué en Conseil d'Etat sur le rapport du Ministre de l'intérieur.

Quelques auteurs ont pensé qu'il ne s'agissait simplement que des réclamations fondées sur une fausse application d'un plan général et que notre art. 52, par une anomalie fort singulière, chargeait l'autorité à laquelle il était donné d'arrêter les plans généraux, de juger tout recours qui pouvait s'élever contre l'application de ces plans, rompant ainsi en visière avec le droit commun qui aurait été le recours au contentieux. Mais ce système a trouvé des contradicteurs qui ont soutenu que ces réclamations sont les mêmes que celles soulevées par les alignements partiels délivrés par les maires en l'absence de plans généraux. et, qu'au lieu d'admettre, comme ceux qui soutiennent le premier système, la compétence purement gracieuse, on n'a voulu que donner une protection toute spéciale aux intérêts privés, en permettant aux intéressés de saisir le Conseil d'Etat. — Cette deuxième opinion peut être défendue en s'appuyant sur le décret du 27 juillet 1808,

qui admettait le recours en ce cas, mais dont la disposition ne fut, il est vrai, que transitoire.

Ce décret de 1808, plusieurs fois renouvelé, se trouve aujourd'hui périmé; mais le pouvoir qu'il reconnaissait aux maires (pouvoir provisoire) de délivrer des alignements individuels, en l'absence de plans généraux, leur a toujours été reconnu par la jurisprudence, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus. Le caractère temporaire revêtu par ce décret se justifie par cette idée que l'on avait espéré, que, dans un délai fixé, tous les plans généraux se trouveraient fixés et terminés, et que, par conséquent, le droit de délivrer des alignements individuels se trouverait alors sans application. Si ce décret n'a pas été renouvelé, c'est que d'autres textes permanents ont assuré aux maires le maintien du pouvoir que ne lui avait accordé que temporairement le décret de 1808. Les auteurs ont donc prétendu que l'art. 52 s'appliquait à ce cas et qu'il devait même s'y appliquer avant cette époque.

Nous devons admettre, d'ailleurs, avec tous les auteurs et la jurisprudence, que quel que soit le parti que l'on prenne, quant à l'interprétation de l'art. 52, il faut restreindre à la voirie urbaine la disposition essentiellement exceptionnelle de l'art. 52 *in fine* (L. 15 septembre 1807). Postérieurement à la loi du 10 août 1871, il fut fait un projet de règlement (l'article 21, loi 20 mai 1836 préconisait des règlements pour compléter la matière), soumis à la fois et aux

conseils généraux et au ministre de l'intérieur. Ce règlement devait être arrêté et publié dans chaque département par les soins du préfet. Aujourd'hui ce règlement est à peu près uniforme partout, et c'est à vrai dire le véritable Code des chemins vicinaux. Nous ne voulons pas entrer dans les détails de compétence attribuée aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'après les art. 318 et suivants de ce règlement, par cette raison que nous ne croyons pas devoir consacrer une étude spéciale aux autorités compétentes pour statuer sur les contraventions en matière de voirie. Nous nous bornerons donc à cet égard, à renvoyer au règlement préfectoral de chaque département. Nous terminerons cette étude par l'énumération des différences, autres que celles déjà vues, qui existent entre la voirie urbaine d'une part, et les autres voies de communication.

Les alignements à délivrer dans les traverses des villes appartiennent à l'autorité municipale, à l'exclusion du préfet, lorsqu'il s'agit de bâtir sur un terrain qui se trouve en dehors des limites naturelles ou régulièrement assignées à la route nationale ou départementale qui traverse cette ville ou ce village (arrêt du Conseil d'Etat du 28 novembre 1861). Mais si une route nationale ou départementale comprend dans toute sa longueur et dans toute sa plénitude une rue de l'une ou l'autre de ces localités, s'il se trouve des constructions bâties en retraite sur le nouvel ali-

gnement, on ne devra pas considérer ces chemins comme se trouvant en dehors de la route nationale et dès lors au préfet seul (ou au sous-préfet s'il y a un plan général régulier) appartiendra le droit, à l'exclusion de l'autorité municipale, de délivrer des alignements pour la reconstruction de ces maisons. C'est ce qui a été jugé par le Conseil d'Etat dans deux arrêts, l'un en date du 27 mars 1862 et l'autre plus récent en date du 8 décembre 1876 (affaire Forner).

En outre, la voirie urbaine se différencie encore des autres voies de communication qui se trouvent en dehors des villes, en ce que, dans ce dernier cas, si les constructions sont en recul, les propriétaires ont un droit de préemption sur le sol qui, par l'effet du nouvel alignement, se trouverait compris entre leurs héritages et la nouvelle ligne séparative établie. S'ils n'usent pas de ce droit, l'autorité administrative pourrait procéder par voie d'échange ou de vente aux enchères à l'aliénation de cette bande de terrain. — Dans les villes, au contraire, le propriétaire peut être mis en demeure de choisir entre deux partis : ou s'avancer vers la voie en achetant la bande de terrain séparative, ou subir l'expropriation (art. 53, loi du 16 septembre 1807). Nous devons bien remarquer que dans le cas de cet art. 53, la bande de terrain n'est pas acquise *ipso facto* au propriétaire voisin. Elle reste toujours incorporée à la voie publique jusqu'à ce que le

riverain ait usé de son droit de préemption (arrêt de cass. du 31 mai 1855. Thivau).

L'embellissement des villes au mieux que faire se pourra, telle est l'idée qui a toujours guidé nos législateurs.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. La fiction de la loi Cornélia ne visait primitivement que le testament du captif. Ce ne fut que par extension et non par application de cette loi, qu'elle visa plus tard l'état du captif et celui des personnes qui se trouvaient en sa puissance au moment où il avait cessé d'être libre.

II. La période de cent ans d'absence ne suffisait pas pour fixer définitivement l'état des personnes en puissance.

III. La captivité opérait par elle-même pleine et entière dissolution du mariage.

IV. Les choses enlevées aux ennemis par les Ro-

mains, appartenaient en principe au peuple, et, exceptionnellement, au premier occupant.

V. La fidéjussion ne pouvait être plus dure (*durior*), que l'obligation principale, soit quant à l'objet même de l'obligation, soit sous le rapport du terme ou de la condition : sinon elle était nulle pour le tout.

VI. Toute personne peut valablement se porter fidéjusseur, pourvu qu'elle soit capable de s'obliger et qu'elle puisse être poursuivie.

VII. Si une remise de dette *in rem* est faite à un débiteur principal, cette remise profitera au fidéjusseur qui conservera l'exception *de non petendo*, à l'encontre de tout pacte ultérieur qui interviendrait entre le *reus* et le créancier.

VIII. Les *justæ nuptiæ* n'exigeaient pas, pour être parfaites, une tradition effective de la femme au mari.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. Les lits des cours d'eau qui ne sont ni navigables, ni flottables, n'appartiennent pas aux riverains de ces cours d'eau.

II. Tout acte sous seing privé, pourvu qu'il réunisse les qualités exigées pour la validité d'un testament olographe, pourra valablement contenir révocation de dispositions contenues dans un testament antérieur.

III. L'acquisition des fruits par un possesseur de bonne foi, existe indépendamment d'un juste titre.

IV. Toute inscription d'office prise par le conservateur des hypothèques, doit être renouvelée par celui en faveur de qui cette inscription a été prise.

DROIT ADMINISTRATIF

I. La responsabilité civile des ministres existe, en droit, devant l'autorité judiciaire.

II. On entend par « grève » tout terrain cultivé ou non, couvert et recouvert par le plus grand flot « normal » du mois de mars.

III. Les chemins ruraux font partie, comme les chemins vicinaux, du domaine public communal.

DROIT CRIMINEL

I. Les héritiers d'un défunt ne peuvent mettre en mouvement l'action publique, sous prétexte de diffamation supposée à la mémoire de leur auteur.

II. C'est le péril social seul et non l'infraction à la loi morale, qui forme le caractère essentiel du délit.

DROIT DES GENS

La suppression de la course maritime, opérée par le Congrès de Paris de 1856, n'a pas été une amélioration du droit des gens.

DROIT CONSTITUTIONNEL

L'Assemblée nationale, réunie en congrès, est omnipotente, en fait, pour traiter les questions rela-

tives à la revision, encore que ces questions aient reçu primitivement une limitation quelconque.

Vu par le président de la thèse,
VUATRIN.

Vu par le doyen de la Faculté,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

